PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL

PAR

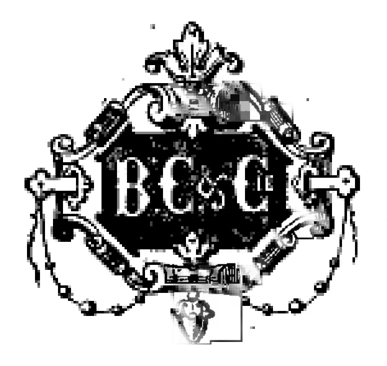
F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

Ouvrage couronné au concours quinquennal des sciences morales et politiques.

TOME DIX-SEPTIÈME.

(3e ÉDITION.)

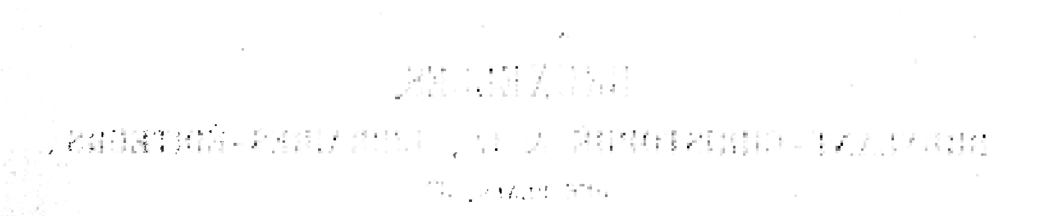


BRUXELLES.

BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, LIBRAIRES-ÉDITEURS,

RUE BLAES, 33

1878



TITRE IV.

DES OBLIGATIONS (suite).

CHAPITRE VI.

DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS.

SECTION I. — Des obligations naturelles (1).

§ Ier. *Définition.*

1. Le code ne définit pas l'obligation naturelle; il ne contient qu'une seule disposition qui en reconnaît implicitement l'existence et en détermine l'effet, c'est l'article 1235, aux termes duquel « la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. » Dans le silence du code, faut-il recourir à la tradition? La tradition romaine doit être écartée. Il en était déjà ainsi dans l'ancien droit. Pothier dit que l'obligation naturelle du droit romain n'existe plus en droit français, et il en donne la raison. « Les pactes, dit-il, sont devenus de véritables obligations civiles (2). » A Rome, les pactes étaient, en effet, la

(1) Massot, *De l'obligation naturelle en droit romain et en droit français.* Paris, 1862, 2e édit. Vidal, *Des obligations naturelles* (dissertation couronnée par l'Ecole de droit de Paris).
(2) Pothier, *Des obligations*, no 192.

source principale des obligations naturelles. On sait que, d'après le droit romain, le concours de volontés ne suffisait pas pour produire une obligation civilement obligatoire; il n'en résultait qu'une simple convention ou un pacte ; pour devenir une obligation civile, la convention devait être reconnue par la loi ; tant qu'elle ne l'était pas, elle n'existait pas aux yeux de la loi, elle ne pouvait donc pas donner d'action. Toutefois, comme le pacte réunissait les conditions essentielles requises pour l'existence d'une obligation, sauf la sanction de la loi, on reconnaissait à l'obligation naturelle qui en résultait tous les effets de l'obligation civile, à l'exception de l'action. Cela n'était vrai que pour les obligations naturelles découlant des pactes. Il y avait encore d'autres obligations naturelles qui produisaient des effets civils plus ou moins considérables : telles étaient les obligations contractées par les incapables, les pupilles, les aliénés, les prodigues interdits : tels étaient encore les contrats passés par des esclaves et les obligations contractées entre personnes unies par un lien de puissance. Les effets variaient selon les diverses obligations naturelles (1).

Ce simple aperçu prouve que la théorie romaine est étrangère à notre droit moderne ; car pour admettre diverses obligations naturelles ayant des effets différents, il faudrait un texte, le législateur seul pouvant régler cette matière. Or, de texte, il n'y en a pas. Et l'esprit de la loi est en harmonie avec le silence du code ; si les auteurs du code civil ont gardé le silence sur les obligations naturelles, c'est qu'ils n'ont pas voulu consacrer la doctrine romaine. L'orateur du gouvernement le dit en termes formels. Bigot-Préameneu demande si la répétition doit avoir lieu lorsqu'une obligation naturelle a été volontairement acquittée. La loi qui n'eût point admis l'action contre le débiteur doit-elle le regarder comme étant lié civilement lorsqu'il a payé? L'article 1235 répond à la question ; reste à savoir ce qu'il entend par obligations naturelles. « Il ne s'agit point ici, dit l'orateur du

(1) Van Wetter, *Cours de droit romain*, t. I, p. 585 et suiv.

gouvernement, de ces obligations qui, dans la législation romaine, avaient été mises au nombre des obligations naturelles, parce que n'ayant ni la qualité du contrat, ni la forme des stipulations, elles étaient regardées comme de simples conventions dont une action civile ne pouvait naître. Ces conventions sont, dans notre législation, au rang des obligations civiles, et on ne regarde comme obligations purement naturelles que celles qui, par des motifs particuliers, sont considérées comme nulles par la loi civile (1). »

Notre conclusion est qu'il faut laisser de côté, en cette matière, la tradition romaine; elle ne pourrrait que nous égarer. C'est ce qui est arrivé à l'auteur d'une monographie sur les obligations naturelles. M. Massot commence par développer la théorie du droit romain, puis il l'étend au droit français. « A notre avis, dit-il, l'obligation naturelle, en France, n'est que l'obligation naturelle des Romains (2). » L'erreur est évidente; il suffit pour la réfuter de renvoyer au témoignage de Pothier, confirmé par l'orateur du gouvernement. Cela prouve combien il règne d'incertitude dans cette difficile matière.

2. On ne sait pas même ce que c'est qu'une obligation naturelle. La plupart des auteurs français la confondent avec les devoirs de conscience, c'est-à-dire les devoirs moraux. Nous croyons que c'est une erreur, mais l'erreur semble remonter aux auteurs mêmes du code civil. En expliquant l'article 1235, qui n'admet pas la répétition à l'égard des obligations naturelles volontairement acquittées, Jaubert, le rapporteur du Tribunat, établit une distinction entre le domaine des lois civiles et celui de la conscience. Les lois civiles, dit-il, ne sont faites que pour les obligations civiles. Quant au *domaine de la conscience*, il n'est pas du ressort du législateur. Est-ce à dire qu'il faille admettre la répétition dans tous les cas où un payement a été fait sans que celui qui l'a reçu ait pu l'exiger par une action civile? Jaubert répond qu'il faut

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 113 (Locré, t. VI, p. 168).
(2) Massot, *De l'obligation naturelle*, p. III.

remonter au motif qui a déterminé le payement : si, placé entre la *loi civile* et sa *conscience*, le débiteur a refusé de se prévaloir du secours de la loi civile pour obéir à une loi plus impérieuse, celle de la *conscience*, le législateur ne doit pas autoriser la répétition. Faire appel à la *conscience* par opposition à la *loi civile*, n'est-ce pas dire que les obligations naturelles sont les devoirs qui n'ont d'autre sanction que la conscience, c'est-à-dire les devoirs moraux? Nous ne croyons pas que tel soit le sens des paroles de Jaubert. Il ne parle pas de devoirs moraux; les obligations qu'il cite comme naturelles sont des obligations juridiques; ce sont les obligations contractées par une femme mariée ou par un mineur sans les formes voulues par la loi. Nous faisons nos réserves quant à l'exemple, il prouve néanmoins une chose, c'est que le rapporteur du Tribunat, en parlant d'obligations de conscience, ne songeait pas à des devoirs purement moraux. Jaubert ne voit pas une différence essentielle entre l'obligation naturelle et l'obligation civile. Le fondement de toute obligation, dit-il, est dans la conscience de celui qui la contracte. Le droit civil n'intervient que pour les formes. Mais les formes ne se rapportent qu'à l'action civile. La véritable base de l'obligation est toujours dans la conscience des contractants; si cette base existe, quoique les formes fassent défaut, le payement doit être validé. Jaubert finit par dire : « L'obligation naturelle consiste dans le lien qui dérive de l'équité, à la différence de l'obligation civile qui dérive uniquement du lien de droit (1). » Cela est très-vague et, à certains égards, cela est même faux, comme nous le dirons plus loin. Les paroles de Jaubert prêtent à la confusion de l'obligation naturelle et de l'obligation de conscience ou du devoir moral, quoique telle ne soit point la pensée du rapporteur du Tribunat.

3. Cette confusion existe en plein chez les auteurs et nous la retrouverons dans la jurisprudence. Nous en citerons quelques témoignages, ils abondent. Duranton dit

(1) Jaubert, Rapport, nº 5 (Locré, t. VI, p. 206).

que l'obligation naturelle est celle qui doit être exécutée selon les lois de la *conscience*. C'est encore à la *conscience* que Duranton renvoie le juge, dans le silence de la loi : « En descendant dans sa *conscience*, le magistrat y puisera les règles de sa décision, et il se trompera rarement en prenant pour guide l'équité (1). » Duranton ne prononce pas le mot de *devoir moral;* les auteurs les plus récents le font. M. Larombière commence par établir la distinction élémentaire des devoirs ; il appelle les uns devoirs de justice et les autres devoirs de morale. Les premiers constituent les obligations proprement dites qui produisent un droit et une action au profit du créancier. Les devoirs de morale, au contraire, sont destitués de toute sanction positive : ce sont les obligations naturelles. Les exemples que l'auteur cite ne laissent aucun doute sur sa pensée : ce sont les devoirs indiqués par la *conscience*, par les lois de la *délicatesse* et de l'*honneur*, ou imposés par les *liens du sang*, par la *piété filiale*, par la foi due à la *parole donnée*, par les sentiments de *gratitude* et de *bienfaisance*. « Ce ne sont sans doute que des devoirs moraux, dit M. Larombière ; nul ne saurait être contraint à les accomplir par une coercition extérieure sans une tyrannie mille fois pire que leur inexécution. Mais ces devoirs ne nous paraissent pas moins constituer également des obligations naturelles dont l'intensité peut varier d'après les circonstances, mais qui produisent néanmoins par leur exécution volontaire des effets civils (2). »

Voilà la confusion en plein ; des devoirs purement moraux, tels que la reconnaissance, la charité, sont transformés en obligations naturelles, c'est-à-dire produisent des effets juridiques. Quels effets? On ne le sait trop. Leur *intensité varie* d'après les circonstances. C'est une réminiscence du droit romain, et elle ne fait qu'augmenter le vague de ces théories insaisissables qui n'ont aucun fondement dans les textes ni dans les principes. M. De-

(1) Duranton, t. X, p. 21, n° 34 ; p. 23, n° 36.
(2) Larombière, *Théorie des obligations*, t. III, p. 58, n° 6 de l'article 1235 (Éd. B., t. II, p. 141).

molombe a reproduit ces erreurs : l'obligation naturelle, dit-il, est celle que la loi n'a pas munie d'une action et dont l'exécution ne peut être poursuivie devant la puissance publique, mais qui oblige l'*honnête homme*, dans le *for intérieur*, aussi étroitement que si l'exécution en pouvait être exigée contre lui dans le for extérieur. Ailleurs M. Demolombe rejette décidément toute distinction entre l'obligation naturelle et l'obligation morale; il dit que le législateur a fait preuve de beaucoup d'expérience et de sagesse en n'entreprenant pas de définir l'obligation naturelle et en laissant entièrement à la conscience individuelle de chacun, sous sa responsabilité morale, le soin de prononcer ce jugement (1). Le vague dans la doctrine aboutit nécessairement à l'arbitraire dans la pratique. Loin de se complaire dans le vague, il faut le bannir de notre science, et quand la chose est impossible, le restreindre du moins dans les limites les plus étroites. C'est ce que nous allons essayer de faire.

4. Nous reprochons aux auteurs de confondre deux ordres d'idées tout à fait distincts, le droit et la morale. Ils pourraient nous répondre que notre accusation est téméraire ; elle semble frapper, en effet, le grand jurisconsulte qui a servi de guide au législateur français. M. Demolombe n'a fait que paraphraser la définition que Pothier donne de l'obligation naturelle. « On appelle obligation naturelle, dit-il, celle qui dans le for de l'*honneur* et de la *conscience* oblige celui qui l'a contractée à l'accomplissement de ce qui y est contenu. » Des obligations qui n'ont d'autre sanction que le *for de l'honneur et de la conscience* ne sont-elles pas des devoirs moraux? Pour comprendre la définition de Pothier, il ne faut pas l'isoler de la définition qu'il donne de l'obligation civile. La première division des obligations, dit Pothier, se tire de la nature du lien qu'elles produisent. On appelle obligation *civile* celle qui est un *lien de droit* et qui donne à celui envers qui elle est contractée le droit d'exiger en justice ce qui y est contenu. Par opposition à l'obligation civile, l'obli-

(1) Demolombe, t. XXVII, p. 26, n° 34. Comparez, n° 42.

gation naturelle ne produit pas de lien de droit; celui qui est obligé ne l'est que dans le for de la conscience. Est-ce à dire que tout devoir auquel nous sommes tenus dans le for intérieur soit une obligation naturelle? Voilà une tout autre question. Tout ce que Pothier dit en traitant de la division des obligations en civiles et naturelles, c'est que les premières donnent une action en justice, tandis que les autres ne lient le débiteur que dans le for de la conscience. C'est ce que l'article 1235 dit aussi, et cela n'a jamais été contesté. Reste à savoir si tout devoir qui nous oblige dans le for intérieur est une obligation naturelle. Pothier répond à cette question dans les premières lignes de son *Traité des Obligations*. Le terme d'obligation, dit-il, a deux significations : dans son sens le plus large, il est synonyme de *devoir*; dans un sens plus propre, il ne comprend que les obligations parfaites, qu'on appelle aussi engagements personnels, parce que celui envers qui nous les avons contractés a le droit d'en exiger de nous l'accomplissement. Par contre, les devoirs sont des obligations imparfaites, parce que nous n'en sommes comptables qu'à Dieu : tels sont les devoirs de charité et de reconnaissance; le pauvre à qui je fais l'aumône n'est pas mon créancier, et quand je rends un service à mon bienfaiteur, je ne paye pas une dette, car je ne suis pas débiteur; les obligations imparfaites n'appartiennent pas au droit; Pothier dit qu'il ne s'agit dans son Traité que des obligations parfaites. Quant aux obligations imparfaites, elles sont du domaine de la religion et de la morale (1).

5. On a critiqué la terminologie de Pothier; en donnant aux devoirs moraux le nom d'*obligations imparfaites*, il semble croire, du moins il peut faire croire que ces obligations, quoique imparfaites, appartiennent au droit; de là à confondre les devoirs moraux avec les obligations naturelles, il n'y a pas loin. D'abord le langage de Pothier est incorrect; les jurisconsultes romains, plus rigoureux, n'emploient jamais le terme d'*obligation*

(1) Pothier, *Des obligations*, nos 1, 173 et 175.

pour désigner un devoir de morale ou de piété. De plus, il y a une lacune dans la doctrine de Pothier; d'une part, il dit que nous ne sommes comptables qu'à Dieu des obligations imparfaites; d'autre part, il dit que les obligations naturelles nous obligent dans le for de l'honneur et de la conscience. Les expressions diffèrent, mais l'idée est la même. Les obligations imparfaites et les obligations naturelles sont donc également dépourvues de sanction, les unes et les autres ne nous lient que dans le for intérieur. Est-ce à dire que les obligations imparfaites et les obligations naturelles se confondent? On en a tiré cette conséquence, mais l'erreur est palpable. Les devoirs moraux diffèrent, par leur essence, des obligations juridiques, civiles ou naturelles. Ce qui caractérise l'obligation juridique, c'est qu'elle est susceptible d'exécution forcée, tandis que les devoirs moraux ne comportent pas l'intervention de la justice et de la force publique pour nous contraindre à les remplir. Cela est élémentaire: nous forcera-t-on à accomplir nos devoirs religieux en nous faisant traîner à l'église par les gendarmes? saisira-t-on nos biens pour que nous acquittions une dette de reconnaissance? les huissiers feront-ils l'aumône avec le produit de la vente? Non, certes; et la raison en est simple, c'est que l'accomplissement d'un devoir religieux ou moral exige la liberté; si l'on voulait en faire une obligation civile, on le dénaturerait; ce ne serait plus aimer Dieu et son prochain que de le faire par contrainte. Donc l'essence du devoir moral, c'est la liberté que nous avons de le remplir ou de ne pas le remplir, tandis que l'essence de l'obligation juridique est que nous pouvons être forcés à la remplir. Ainsi la possibilité de l'exécution forcée, tel est le caractère distinctif de l'obligation juridique. Il est vrai que l'obligation naturelle ne peut pas être exécutée par la force, puisqu'elle n'est pas munie d'une action. Mais cela importe peu quand on la compare au devoir moral; elle n'est pas moins susceptible d'une exécution forcée, ce qui suffit pour qu'elle soit une obligation. Le législateur aurait pu la munir d'une action et en faire une obligation civile; tandis que le législateur ne pourrait

pas, quand il le voudrait, faire d'un devoir religieux ou moral une obligation civile (1).

6. Si l'obligation naturelle diffère par son essence du devoir moral, par contre elle est identique au fond avec l'obligation civile; elle n'en diffère que sous un rapport, c'est qu'elle n'est pas munie d'une action. Cela résulte du seul texte que nous ayons concernant les obligations naturelles, du nom même d'*obligation* que la loi donne à l'obligation naturelle. Pour qu'il y ait obligation, il faut un lien de droit entre deux personnes, dont l'une, le débiteur, est tenue de donner ou de faire quelque chose au profit de l'autre, le créancier. Il faut qu'il y ait un débiteur et un créancier et une chose due, sinon on ne conçoit pas d'obligation; mais, dans l'obligation naturelle, le lien de droit qui existe entre les parties est imparfait, le créancier n'ayant pas d'action contre le débiteur. Pourquoi la loi n'a-t-elle pas donné une action au créancier naturel? L'obligation naturelle présentant tous les caractères d'une obligation civile, on ne voit pas pourquoi le législateur refuse de la reconnaître, en refusant une action au créancier. Toullier dit que toutes les obligations ont commencé par être naturelles; avant qu'il existât des lois civiles et des tribunaux, l'homme avait des devoirs à remplir envers ses semblables; la loi vint leur prêter son secours, en établissant des tribunaux et en mettant la force publique à leur service. Mais la loi ne prêta pas sa force à toutes les obligations naturelles; des raisons politiques ou d'ordre public en firent excepter quelques-unes, qui restèrent telles qu'elles étaient avant l'état civil, c'est-à-dire sans action (2). L'explication est peu satisfaisante. Elle suppose un état de nature antérieur à l'état civil; fausse théorie, à laquelle Rousseau prêta vainement le prestige de son talent; elle est abandonnée aujourd'hui. Il serait plus vrai de dire que toutes les obligations ont commencé par être civiles et que c'est

(1) Comparez, en ce sens, Aubry et Rau, t. IV, p. 4 et note 3. Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. III, p. 345, note 1. De Folleville, *Notion du droit et de l'obligation* (1873) p. 65, n° 51.
(2) Toullier, t. III, 2, p. 241, n°s 377 et 378.

par exception que le législateur retira son appui à quelques-unes de ces obligations par des motifs particuliers qui varient naturellement d'un cas à l'autre. L'article 204 nous en offre un exemple : il porte que l'enfant n'a point d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement. C'est une dérogation au droit romain qui donnait une action à l'enfant; voilà une obligation qui a été civile et qui est devenue naturelle. Nous dirons plus loin, en énumérant les obligations naturelles, quelles sont les raisons pour lesquelles certains devoirs juridiques n'ont pas été munis d'une action.

On peut donc définir l'obligation naturelle, avec Zachariæ, les devoirs juridiques de leur nature, susceptibles, comme tels, d'une exécution forcée, mais que le législateur refuse de reconnaître, en ne donnant pas d'action au créancier (1). Deux conditions sont requises pour qu'il y ait obligation naturelle. Il faut d'abord un lien juridique existant entre deux personnes, et il faut que ce lien ne soit pas reconnu par la loi. Le premier caractère distingue l'obligation naturelle du devoir moral, le second la distingue de l'obligation civile. C'est le premier caractère qui est le plus important et le plus difficile. Comment peut-on savoir si un rapport est moral ou juridique? Les principes généraux de droit nous font connaître si un devoir est susceptible d'exécution forcée; dans ce cas, c'est une obligation juridique, et toute obligation juridique est une obligation civile, à moins qu'un texte formel ne dénie l'action au créancier. Le texte de la loi nous vient donc en aide dans cette difficile matière. Quand le législateur refuse l'action à une obligation, on en peut conclure que cette obligation est naturelle. Il est vrai que les devoirs moraux sont aussi destitués d'action; mais pour leur refuser toute action en justice, il n'est pas nécessaire que le législateur intervienne; il ne saurait être question d'une action en justice là où l'exécution forcée est impossible, puisque l'on ne recourt aux tribunaux que pour obtenir l'intervention de la force publique.

(1) Aubry et Rau, § 297 (t. IV, p. 4 de la IVe édition).

7. Dans notre opinion, les devoirs moraux ne produisent aucun effet en droit, sinon que la loi reconnaît la bienfaisance et la reconnaissance comme une cause juridique des donations. Dans la théorie du code, il faut une cause pour l'existence de toute convention, c'est-à-dire un motif juridique pour lequel le législateur le reconnaît et lui accorde l'appui de l'autorité publique; il considère comme une cause suffisante des donations la volonté de conférer un bienfait. Le mobile de cette volonté peut être un devoir moral, la bienfaisance, la charité. En ce sens un devoir moral devient la cause d'une obligation civile (1). La violation d'un devoir moral est parfois prise en considération par le législateur pour y attacher une espèce de peine. Il en est ainsi en matière de donations : elles peuvent être révoquées pour cause d'ingratitude.

Ce n'est que par exception que les devoirs moraux produisent des effets juridiques, et l'exception n'existe qu'en vertu d'un texte qui l'établit. Il faut donc poser comme règle générale que les devoirs moraux n'ont aucun effet juridique. Ce principe découle de la séparation qui existe entre la morale et le droit; la morale et les devoirs qui en découlent appartiennent au for de la conscience, tandis que le droit a pour domaine le for extérieur. Toutefois ce principe est loin d'être universellement admis. La jurisprudence, comme nous allons le dire, confondant les devoirs moraux et les obligations naturelles, donne par cela même des effets juridiques aux devoirs moraux. La doctrine s'est laissé entraîner dans cette voie par un sentiment moral très-honorable, mais qui, à notre avis, introduit dans notre science une confusion qu'il importe d'écarter. Chaque science a son domaine; le domaine du droit n'est pas celui de la morale; il faut maintenir la séparation, sinon tout est confusion.

8. On enseigne que le devoir moral, de même que l'obligation naturelle, peut servir de *point de départ* à une obligation civile (2), L'expression n'est pas juridique et,

(1) Voyez le tome XV de mes *Principes*, p. 150, n° 111.
(2) De Folleville, *Notion du droit et de l'obligation*, p. 78.

à notre avis, la théorie ne l'est pas davantage. Il est douteux que l'obligation naturelle puisse être transformée en une obligation civile; nous reviendrons sur ce point. Quant au devoir moral, il peut être la cause d'une donation; il ne peut pas l'être d'un contrat à titre onéreux, car il est de l'essence des contrats d'être intéressés, et cet intérêt est un intérêt pécuniaire; or, le devoir moral ne comporte pas de spéculation; ce sont là des idées inalliables. On donne comme exemple d'un devoir moral, devenu le principe d'une obligation civile, les rentes créées au profit d'un hospice ou d'un bureau de bienfaisance. L'exemple est mal choisi, car ces rentes sont des donations, et la donation peut très-bien avoir pour cause un devoir moral.

On admet encore que l'exécution volontaire d'un devoir moral n'admet pas la répétition. Il est de toute évidence que l'aumône ne peut être répétée. Mais quelle en est la raison? C'est que l'aumône est une libéralité qui se fait de la main à la main, et le don manuel, parfait par la tradition, ne peut certes pas être répété, il est tout aussi irrévocable qu'une donation faite par-devant notaire. A l'appui de l'opinion contraire, on invoque les articles 1965 et 1967. Aux termes de l'article 1965, la loi n'accorde pas d'action pour une dette de jeu ou pour le payement d'un pari. Toutefois, d'après l'article 1967, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie. La difficulté est de savoir si l'article 1967 est l'application de l'article 1965; c'est-à-dire les dettes de jeu sont-elles des obligations naturelles? A notre avis, oui. Nous reviendrons à l'instant sur la question. En principe, il est certain qu'une dette de jeu est plus qu'un devoir moral, car elle résulte d'une convention qui, en théorie, est parfaitement valable. Il faut donc écarter l'article 1967 comme statuant sur un cas particulier.

§ II. *Énumération des dettes naturelles.*

9. Le code ne définit pas les dettes naturelles et il ne les énumère pas. On en conclut que les juges ont un pouvoir discrétionnaire en cette matière, en ce sens que leur décision ne saurait être cassée, puisqu'il n'y a point de loi violée (1). Cela n'est-il pas trop absolu? La loi ne définit pas non plus l'obligation civile; est-ce à dire qu'un tribunal puisse décider qu'un devoir moral est une obligation civile? Il ne pourrait pas davantage donner à un devoir moral les effets d'une obligation naturelle. La question s'est présentée dans une espèce remarquable. Pendant l'émigration de M. de la Rochefoucauld, sa femme fit prononcer son divorce. A son retour en France, les époux divorcés procédèrent à la liquidation de leurs droits; l'acte attribua à la duchesse une somme de 1,651,400 francs. Pour se libérer, le duc lui céda plusieurs terres d'une valeur de 1,050,000 francs. Le même jour, les parties firent un acte sous seing privé par lequel la duchesse rétrocéda au duc les terres de Liancourt et d'Estissac; la rétrocession était fondée sur les pertes que M. de la Rochefoucauld avait éprouvées pendant la révolution, notamment par suite de la dépréciation des immeubles. Cet acte était qualifié de pacte et d'arrangement de famille; il fut soumis par le fisc à un droit de donation entre époux. Des difficultés s'élevèrent entre les enfants sur la nature de la rétrocession : était-ce une libéralité imputable sur le disponible de la donatrice, ou était-ce le payement d'une dette naturelle? La cour de Paris jugea que c'était un acte de justice et de conscience, et non un acte de libéralité. Sur le pourvoi, la décision fut cassée. La cour rend hommage aux motifs généreux qui avaient engagé la duchesse à renoncer à ses droits; elle n'y était tenue par aucun lien de droit, il n'y avait de sa part aucune obligation de justice et de conscience à le faire, puisqu'elle

(1) C'est l'opinion générale. Voyez les témoignages dans Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1058.

n'était pas cause des pertes que M. de la Rochefoucauld avait subies pendant la révolution, ni de la dépréciation de ses immeubles. De là suit, dit la cour, que l'abandon par elle fait doit être envisagé comme un acte de pure libéralité. La cour cassa donc un arrêt qui avait jugé en fait qu'il y avait obligation de conscience et de justice, c'est-à-dire obligation naturelle, tandis qu'il n'y avait qu'un devoir moral de délicatesse (1).

N° 1. DES DETTES CIVILES IMPROPREMENT APPELÉES OBLIGATIONS NATURELLES.

10. Pothier range parmi les obligations naturelles celles qui sont contractées par des personnes ayant un discernement et un jugement suffisants pour s'obliger, mais que la loi civile déclare incapables de contracter : telle est l'obligation d'une femme sous puissance de mari qui a contracté sans être autorisée (2). Cette doctrine est aussi celle des auteurs du code civil. L'orateur du gouvernement cite comme exemple d'obligations naturelles celles qui ont été formées par des personnes auxquelles la loi ne permet pas de contracter. Jaubert développe la même opinion dans son rapport au Tribunat. La femme mariée, dit-il, ne peut s'obliger civilement sans autorisation de son mari ou de justice; elle est pourtant responsable envers sa conscience de l'inexécution de ses engagements. Elle ne pourrait, même après la dissolution du mariage, être poursuivie civilement, ou du moins elle pourrait se renfermer dans l'exception prise de la nullité de l'obligation; mais si, devenue libre, elle a payé volontairement, pourrait-elle redemander ce qu'elle a payé? Non, sans doute; elle aurait pu se garantir de l'action, mais elle a renoncé à l'exception. Si donc un regret immoral la portait à vouloir répéter, sous prétexte qu'elle n'aurait pu être civilement contrainte, le magistrat la repousserait en lui rappelant qu'elle avait satisfait à une

(1) Cassation, 5 mai 1835 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 764).
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 192.

obligation naturelle. Il en serait de même de l'obligation contractée par un mineur sans les formes voulues par la loi et qui aurait volontairement payé au temps de sa majorité (1).

Cette opinion est assez généralement suivie par les auteurs (2); elle est consacrée par la jurisprudence. Nous n'hésitons pas à dire que c'est une erreur. Au point de vue des principes, cela est d'évidence. Une obligation est naturelle quand la loi ne la reconnaît point, quand elle refuse une action au créancier. Est-ce que le créancier d'une femme mariée, d'un mineur ne peut pas agir contre son débiteur? Il a certes une action, donc la dette est plus que naturelle, elle est civile; seulement elle est entachée d'un vice qui permet au débiteur d'en demander la nullité, mais il faut qu'il la demande; tant que la nullité n'est pas prononcée, l'obligation subsiste, et elle produit tous les effets d'une obligation civile. Il y a plus : la nullité doit être demandée dans le délai de dix ans; si le débiteur laisse passer ce délai sans agir, l'obligation est confirmée tacitement, c'est-à-dire qu'elle est purgée du vice qui l'infectait; par suite, elle est considérée comme n'ayant jamais été viciée, elle est donc ce qu'elle a toujours été, une obligation civile (art. 1304). La confirmation peut aussi se faire par l'exécution volontaire de l'obligation (art. 1338); dans ce cas encore, l'obligation contractée par l'incapable est purement civile. C'est cependant cette exécution qui a trompé les auteurs; ils ont cru que la loi appliquait au payement d'une dette contractée par un incapable le principe établi par l'article 1235 pour les dettes naturelles : ce qui a été payé en exécution de l'obligation d'un incapable ne peut être répété; de même qu'on ne peut répéter ce qui a été payé en vertu d'une dette naturelle. Mais l'analogie n'est qu'apparente. Le payement que l'incapable fait en temps de capacité est plus qu'une

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 113 (Locré, t. VI, p. 168). Jaubert, Rapport, n° 5 (Locré, t. VI, p. 206).

(2) Toullier, t. III, 2, p. 251, n° 385. Duranton, t. X, p. 24, n° 38. Colmet de Santerre, t. V, p. 306, n° 174 *bis* IV. Demolombe, t. XXVII, p. 28, nos 36, 37.

exécution de l'obligation, c'est une confirmation, et la confirmation est une renonciation au droit que le débiteur avait de demander la nullité de l'acte. Il en est tout autrement quand il s'agit d'une dette naturelle; le payement n'est pas une confirmation, comme nous le dirons plus loin; on ne confirme pas une dette naturelle. Après comme avant le payement, la dette reste une dette naturelle, elle ne devient jamais une dette civile.

On objecte que le débiteur incapable a une exception péremptoire contre l'action que le créancier intenterait contre lui; cette exception anéantit l'action; on doit donc dire que le créancier n'a point d'action, ce qui l'assimile au créancier d'une dette naturelle. Nous avons répondu d'avance à l'objection. Il n'est pas exact de dire que le créancier à qui l'on peut opposer une exception péremptoire n'a pas d'action; ce qui prouve qu'il a une action, c'est que sa demande ne peut être repoussée que par une exception, et cette exception doit être opposée dans les dix ans; tandis que le créancier d'une dette naturelle n'a point d'action, et sa demande peut toujours être repoussée; sa créance est une obligation naturelle, et elle ne peut jamais devenir une obligation civile par une confirmation quelconque (1).

La question présente encore une autre face. L'obligation contractée par un incapable est annulée. Est-ce que l'engagement conserve, malgré son annulation, la force d'une obligation naturelle? On enseigne l'affirmative (2). Cela nous paraît très-douteux en théorie. Sans doute, l'obligation a en elle-même tous les éléments requis pour sa validité, car on suppose que la femme, quoique non autorisée, avait une juste cause de s'obliger. Mais ce lien est vicié par l'incapacité civile de la femme mariée; et peut-on admettre que lorsque le juge, sur la demande du débiteur, a annulé l'obligation pour un motif d'ordre public, cette obligation conserve néanmoins une efficacité quelconque? Nous n'insistons pas, parce que la question

(1) Bugnet sur Pothier, t. II, p. 91, note 3. Marcadé, sur l'article 1272, n° III (t. IV, p. 573).
(2) Aubry et Rau, t. IV, § 297, p. 5 (4e édition).

est de pure théorie. Si le débiteur paye malgré l'annulation de l'obligation, il ne peut pas répéter; il renonce au bénéfice du jugement, et cette renonciation, comme nous le dirons plus loin, est très-valable.

Il a été jugé que la simple reconnaissance d'une dette contractée par un prodigue pendant qu'il était placé sous conseil doit être considérée comme une obligation naturelle, la reconnaissance ne présentant pas les conditions voulues pour la ratification (1). La rédaction est assez mauvaise; la reconnaissance d'une dette ne peut pas produire une dette naturelle, c'est ou un aveu ou une confirmation; par conséquent, on applique les principes qui régissent la confirmation et l'aveu. Dans l'espèce, il y avait une dette civile, mais imparfaite à raison de l'incapacité du débiteur. De là un vice qui rendait l'obligation nulle ou annulable. Cela n'empêchait pas la dette d'être une dette civile, sauf au débiteur à opposer l'exception de nullité. Pouvait-il encore l'opposer après avoir reconnu la dette? Oui, puisque l'arrêt constate que la reconnaissance ne présentait pas les caractères d'une véritable confirmation.

11. Si l'on admet que les obligations des incapables sont des obligations naturelles, il faut étendre cette décision à tous les cas où l'action du créancier peut être repoussée par une exception péremptoire. C'est l'avis de M. Colmet de Santerre, l'ingénieux continuateur de Demante. Le créancier, dit-il, ne peut exiger le payement des dettes annulables, mais le débiteur peut ratifier, et l'exécution volontaire, qui équivaut à la ratification, n'est autre chose que l'acquittement d'une obligation naturelle par une personne qui se reconnaît liée malgré le moyen de nullité que la loi lui offrait (2). Nous n'admettons pas le principe, ni l'assimilation que l'on en déduit par voie de conséquence. Il n'est pas exact de dire que le créancier d'une dette annulable n'a pas d'action, il peut agir, sauf au débiteur à lui opposer l'exception de nullité; si, au lieu

(1) Riom, 10 janvier 1857 (Dalloz, 1858, 2, 6).
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 307, n° 174 *bis* V, suivi par Demolombe, t. XXVII, p. 29, n° 38.

de se prévaloir de la nullité, il exécute l'obligation, il ne paye pas une dette naturelle, il confirme une obligation civile; l'exécution fait qu'il y a toujours eu une obligation civile, le vice qui l'entachait étant effacé par la confirmation. A plus forte raison, ne peut-il être question d'une obligation naturelle si la nullité est prononcée par le juge pour un vice quelconque de consentement. Un acte annulé est censé n'avoir jamais existé, et le néant ne peut produire aucun effet juridique. D'ailleurs quand il y a un vice qui rend l'obligation nulle, tel qu'un vice de consentement, il ne peut pas y avoir d'obligation naturelle, puisque l'obligation naturelle exige, aussi bien que l'obligation civile, un consentement parfait (1).

12. Pothier dit qu'une obligation civile, lorsque le débiteur a acquis contre l'action qui en résulte quelque fin de non-recevoir par l'autorité de la chose jugée, ou du serment décisoire, ou par le laps de temps requis pour la prescription, peut aussi être regardée comme obligation purement naturelle tant que la fin de non-recevoir subsiste et qu'elle n'est pas couverte (2). L'orateur du gouvernement reproduit en ce point, de même que pour l'incapacité, la doctrine de Pothier : il range parmi les obligations naturelles « même les obligations civiles lorsque l'autorité de la chose jugée, le serment décisoire, la prescription ou toute autre exception péremptoire rendraient sans effet l'action du créancier (3). » Cette opinion est généralement suivie (4). Il est certain que les parties intéressées peuvent renoncer au bénéfice de la prescription, de la chose jugée ou du serment prêté. Le code le dit de la prescription (art. 2220), et il y a même raison de décider pour la chose jugée et pour le serment. On renonce en exécutant l'obligation. Quel sera l'effet de cette renonciation? C'est renoncer au bénéfice de l'exception péremptoire que

(1) Comparez Aubry et Rau, t. IV, § 297, p. 5, note 5.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 196.
(3) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 113 (Locré, t. VI, p. 168).
(4) Colmet de Santerre, t. V, p. 306, n° 174 *bis* IV. Aubry et Rau, t. IV, § 297, p. 5, notes 11 et 12. Demolombe, t. XXVII, p. 29, n° 39. Arrêt de cassation de la chambre de cassation de la cour de Bruxelles, 7 février 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 48).

le défendeur pouvait opposer au demandeur; par conséquent, l'action aura son cours. Il suit de là que l'obligation est plus que naturelle, elle reste ce qu'elle était, civile; avant la renonciation, l'obligation était inefficace, puisqu'elle était civilement éteinte; la renonciation lui rend son efficacité première, partant sa nature d'obligation civile. La doctrine a donc raison de dire que celui qui exécute l'obligation civilement éteinte ne peut pas répéter; mais ce n'est pas assez dire, il faut induire de l'exécution volontaire la renonciation tacite à l'exception et en conclure que l'obligation civile revit avec tous les effets que la loi y attache (1).

13. Toullier, après avoir remarqué que le droit français ne distingue pas les pactes simples des contrats, dit que nous avons néanmoins des conventions qui, n'étant, comme les pactes, destitués d'action que par l'omission de certaines formalités prescrites par la *loi civile*, produisent une obligation *naturelle :* telles sont les donations nulles en la forme. Ailleurs Toullier enseigne que si le donateur exécute l'acte, cette exécution valant confirmation, il le rend pleinement obligatoire; ce qui veut bien dire que la donation devient une obligation civile (2). Cela est contradictoire; une même obligation ne peut être tout ensemble civile et simplement naturelle. Les deux opinions de Toullier sont également erronées. Quand la donation est nulle en la forme, elle est inexistante; l'article 1339 le dit dans les termes les plus énergiques; or, le néant ne peut engendrer aucun lien, pas plus une obligation naturelle qu'une obligation civile (3).

Que faut-il dire de l'exécution volontaire, par les héritiers, de la donation nulle en la forme? La loi y voit une confirmation (art. 1340); elle permet donc aux héritiers de confirmer; est-ce parce qu'à leur égard il existe une obligation naturelle? On le prétend; nous reviendrons sur la question en traitant de la confirmation.

14. On admet encore qu'il y a une obligation natu-

(1) Comparez Bugnet sur Pothier, t. II, p. 93, note 1.
(2) Toullier, t. III, 2, p. 246, n° 380, et t. III, 1, p. 121, n° 189.
(3) Comparez Colmet de Santerre, t. V, p. 307, n° 174 *bis* VI.

relle pour l'héritier d'acquitter les legs faits par un testament irrégulier. On y ajoute cependant des restrictions et des conditions. Il va de soi que ces dispositions ne doivent pas entamer la réserve des descendants et des ascendants. De plus, dit Duranton, il faut tenir compte des circonstances particulières de la cause, telles que le plus ou moins d'importance du legs relativement à la fortune du défunt, les rapports qui liaient ce dernier au légataire, les services que celui-ci lui aura rendus, la qualité et le nombre des héritiers. Il nous est impossible d'admettre cette doctrine; c'est l'arbitraire le plus absolu, et c'est disposer au nom du défunt. En effet, le testament nul en la forme est inexistant; il n'y a donc pas d'acte de dernière volonté : est-ce que le néant peut produire une obligation quelconque (1)? On invoque l'article 1340, qui permet aux héritiers de confirmer une donation nulle en la forme, en l'exécutant. Nous avons dit ailleurs que cette disposition, essentiellement exceptionnelle, ne peut être étendue au testament (2).

La jurisprudence est d'accord avec la doctrine; les tribunaux usent largement du pouvoir discrétionnaire qu'on leur reconnaît. Quand il y a un testament et qu'il est nul pour quelque vice de forme, il y a conflit entre le droit civil et le droit naturel. Le droit civil déclare le testament inexistant, parce qu'il présume que le testament n'est pas l'expression de la volonté du testateur; il arrive bien souvent que cette présomption est contraire à la vérité, le législateur ayant prodigué les formes et les nullités. On peut dire que, dans ce cas, le droit naturel demanderait que la volonté certaine du défunt reçût son exécution. Est-ce à dire qu'il y ait une obligation naturelle pour l'héritier d'exécuter le testament? Le législateur refuse une action au légataire, parce qu'il n'y a point de légataire; et s'il n'y a point de legs, le néant ne peut pas plus produire une obligation naturelle qu'une obligation civile. Une veuve s'oblige à servir une rente que son mari

(1) Duranton, t. X, p. 25, n° 39. Colmet de Santerre, t. V, p. 307, n° 174 *bis*. Aubry et Rau, t. IV, § 297, p. 6, note 6.
(2) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 518, n° 462.

a léguée par un testament nul. La cour de Paris a validé cet engagement : elle dit que le sentiment de respect d'une épouse pour la volonté de son mari décédé donne à l'engagement le caractère d'une obligation naturelle, affranchie des formes prescrites pour les libéralités et non sujette à révocation (1). Un sentiment de respect est un sentiment moral; il en peut résulter un devoir de conscience, de délicatesse, mais ces devoirs-là n'engendrent pas d'obligation naturelle (n°s 2-6). Un pareil sentiment est une cause suffisante d'une donation; mais pour qu'il y ait donation, il faut que les formes prescrites par la loi soient observées, sinon il n'y a ni testament ni donation.

La jurisprudence admet aussi qu'il y a obligation naturelle pour l'héritier d'exécuter un legs purement verbal. Il y a des décisions auxquelles nous souscrivons volontiers, parce qu'elles se justifient, abstraction faite de toute obligation naturelle. Un oncle passe sous silence son neveu de prédilection, en faisant des legs à d'autres neveux; il institue sa femme légataire universelle; celle-ci consent au neveu omis la vente d'un immeuble moyennant 30,000 francs. Il était admis par les parties que la vente déguisait une libéralité. Cette libéralité était parfaitement valable. On opposait le défaut de cause; la cour de Toulouse jugea que la vraie cause de la libéralité était l'obligation naturelle et de justice contractée par la veuve de remplir les volontés de son mari défunt (2). La décision est juste, bien que mal motivée. Il y avait une donation valable, d'après la jurisprudence qui admet la validité des donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux. La donation était-elle nulle pour défaut de cause? Non, car il ne faut pas d'autre cause pour une libéralité qu'un devoir de conscience.

La jurisprudence va plus loin; elle valide des dispositions faites par l'héritier au profit d'un légataire verbal, sans qu'il y ait, de la part de l'héritier, volonté de donner et uniquement comme exécution des volontés du défunt,

(1) Paris, 16 février 1860 (Dalloz, 1860, 5, 122, 8).
(2) Toulouse, 10 janvier 1843 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 361, 2°).

en vertu d'une obligation naturelle ou, comme le dit la cour de Liége, en vertu d'un devoir de conscience (1). Nous ne croyons pas qu'un devoir de conscience engendre une obligation naturelle. La cour de cassation de France a jugé dans le même sens. Un légataire universel fait délivrance à son frère, en vertu d'une charge verbale que le testateur lui avait imposée, d'une somme de 10,000 francs et d'un moulin avec ses dépendances. L'arrêt constate que l'acte de délivrance n'offrait pas les caractères d'une donation entre-vifs, que c'était l'acquittement d'une obligation naturelle, exclusive de toute libéralité. Naissait alors la question de savoir à quel titre la délivrance était faite. Le fisc prétendit que c'était un acte translatif de propriété et sujet, comme tel, au droit de mutation. Non, dit la cour de cassation; la délivrance n'est pas attributive, mais simplement déclarative d'une transmission de propriété; en effet, la transmission ne procède pas directement du légataire universel qui opère la délivrance, elle remonte à la personne même du testateur, dont le légataire ne fait qu'exécuter la volonté (2). Il nous semble qu'il y a là une contradiction palpable. Si la délivrance remonte au testateur, ce ne peut être que comme exécution d'un legs verbal; or, ce legs était nul, plus que cela, inexistant, il ne donnait aucune action au prétendu légataire : le néant peut-il opérer la transmission de la propriété? Si la propriété n'était pas transmise par le testateur, elle ne pouvait l'être que par l'héritier. A quel titre? On en chercherait vainement un autre qu'un titre gratuit, puisque l'héritier délivrait ce qu'il ne pouvait être forcé à délivrer; or, comme donation, l'acte était nul. Donc, en définitive, il n'y avait aucune transmission de propriété.

15. La prétendue obligation naturelle de l'héritier n'est autre chose qu'un devoir d'honneur ou de délicatesse; elle est qualifiée ainsi par les tribunaux (3). La qualification est juste, mais elle témoigne contre la jurisprudence, car un devoir d'honneur ne constitue pas une obligation

(1) Liége, 31 mai 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 219).
(2) Rejet de la chambre civile, 19 décembre 1860 (Dalloz, 1861, 1, 17).
(3) Jugement du tribunal de Belley, 5 février 1856 (Dalloz, 1856, 3, 21).

naturelle. Un engagement d'honneur et de conscience n'est pas une dette; si donc le prétendu débiteur l'exécute, il ne paye pas une dette, il fait une libéralité; il faut, par conséquent, qu'il observe les formes et les conditions prescrites pour l'existence des donations. C'est ce que nous avons établi ailleurs (1). La doctrine (2) et la jurisprudence sont contraires. On lit dans un arrêt de la cour de Gand qu'une obligation *naturelle* ou *morale, pietatis causâ,* suffit pour lier valablement celui qui contracte l'engagement et empêcher toute demande en répétition (3). Dans l'espèce, il s'agissait aussi de dispositions testamentaires. La cour considère comme parfaitement identiques un engagement d'honneur et une obligation naturelle. La différence est néanmoins essentielle : les obligations *morales* appartiennent au domaine de la morale ou de la religion; les obligations naturelles ont seules des effets juridiques. Mais l'obligation naturelle n'est pas définie par la loi, elle est, par sa nature, très-vague; de là l'incertitude et la confusion qui règnent dans la jurisprudence. La cour de cassation de France qualifie d'obligation naturelle la dette d'honneur qu'un malade contracte envers son médecin. D'une part, il y a plus que dette naturelle, puisque le médecin a action contre le malade ou ses héritiers. D'autre part, si la rémunération donnée ou léguée par le malade à son médecin dépasse le montant des honoraires, il y a libéralité; c'est un don rémunératoire. L'article 909 valide ces dons, mais il va sans dire que le legs doit être valable en la forme. S'il est nul en la forme, les héritiers ne sont tenus d'aucune obligation naturelle, car la reconnaissance est un devoir moral qui n'engendre pas de lien civil (4).

Nº 2. EXEMPLES D'OBLIGATIONS NATURELLES.

16. La dette alimentaire est-elle une obligation natu-

(1) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 106, nº 113.
(2) Aubry et Rau, t. IV. § 297, p. 8 et note 15.
(3) Gand, 12 mai 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 308).
(4) Rejet, 10 décembre 1851 (Dalloz, 1852, 1, 80).

relle? On suppose qu'elle est contractée ou exécutée à l'égard d'un parent qui n'a pas droit aux aliments en vertu de la loi. On admet généralement que le devoir qui incombe aux proches parents, autres que ceux indiqués aux articles 205 et 207, de fournir, dans la mesure de leurs facultés, des aliments à leurs parents légitimes ou naturels est une obligation naturelle (1). Nous avons transcrit les paroles des éditeurs de Zachariæ. Le vague de la formule témoigne contre le principe. Qu'est-ce qu'un *proche* parent? Jusqu'à quel degré s'étend cette parenté? La loi a tenu compte des liens du sang en réglant l'obligation alimentaire; en dehors du devoir légal, il ne reste plus qu'un devoir de charité, plus strict quand il s'agit d'un parent; mais un devoir de charité ne peut jamais être une obligation juridique. Les raisons que l'on donne pour l'opinion contraire sont d'une faiblesse extrême. On dit que la définition de l'obligation naturelle donnée par Pothier s'applique au devoir que la parenté impose de subvenir aux besoins d'un parent pauvre : c'est un devoir d'*honneur* et de *conscience*. Nous avons répondu d'avance à cette objection en expliquant quelle est la vraie doctrine de Pothier (n° 4). Il range le devoir de bienfaisance parmi les devoirs moraux qui n'appartiennent pas à la science du droit. Quand le devoir de charité devient-il une obligation juridique? Le code civil répond à la question. M. Demolombe cherche à limiter la dette alimentaire pour qu'on ne la confonde pas avec le devoir général de charité. Il faut, dit-il, qu'il s'agisse d'une relation entre une personne déterminée et une autre personne déterminée. Sans doute là où il n'y a point de personnes déterminées, il n'y a point d'obligation. Mais suffit-il, pour qu'il y ait obligation, que les personnes soient déterminées? Le devoir de reconnaissance existe toujours entre personnes déterminées, cependant ce devoir n'est pas une obligation naturelle. M. Demolombe ajoute que l'obligation doit être de nature à s'acquitter à prix d'argent; si cette condition suffit, toute dette alimentaire sera une obligation natu-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 6 et note 9 du § 297.

relle, car cette dette s'acquitte régulièrement sous forme de pension alimentaire (1).

La jurisprudence s'est prononcée pour l'opinion que nous combattons. Toutefois elle est sans grande autorité. C'est à peine si les arrêts sont motivés; ils affirment, ils ne prouvent pas. Il faut ajouter que ce sont des décisions fondées sur les circonstances de la cause. Ainsi, dans les espèces jugées par la cour de Bruxelles, ceux qui avaient reçu les aliments avaient rendu des services dont la valeur compensait à peu près le montant des aliments (2). Ces faits ont influé sur la décision de la cour; il en résulte que ce sont des arrêts d'espèces plutôt que de doctrine.

17. L'obligation de fournir des aliments prend un caractère juridique lorsqu'il s'agit d'un enfant naturel non reconnu auquel le père paye ou s'oblige de payer une pension alimentaire. Il n'y a pas de dette civile dans ce cas; l'enfant naturel non reconnu n'a point d'action contre son père; il n'a pas de père, et il ne peut pas rechercher la paternité. Mais il y a une obligation naturelle qui ne saurait être contestée. Le code civil s'est montré d'une rigueur extrême, en refusant à l'enfant le droit de rechercher son père. Celui-ci contracte, par le fait de sa paternité, des obligations envers l'enfant auquel il a donné le jour. S'il reconnaît l'enfant, la dette est légalement constatée et devient une dette civile. S'il ne le reconnaît pas, la dette alimentaire n'en existe pas moins; le père peut donc s'obliger à l'acquitter. Cependant la question n'est pas sans difficulté, et la difficulté augmente lorsqu'il s'agit d'un enfant adultérin ou incestueux. Nous avons examiné la question ailleurs (3).

La cour de cassation a appliqué le principe que nous venons de rappeler dans une espèce où la cour d'appel avait dépassé les limites dans lesquelles les obligations

(1) Demolombe, t. XXVII, p. 33, n° 42. En sens contraire, Colmet de Santerre, t. V, p. 309, n° 174 *bis* X.

(2) Bruxelles, 30 décembre 1828 et 10 décembre 1829 (*Pasicrisie*, 1828, p. 397 et 1829, p. 321).

(3) Voyez le tome IV de mes *Principes*, p. 141, n° 93 et p. 237, n° 162.

naturelles doivent être circonscrites. Le père d'un enfant naturel non reconnu avait pris l'engagement de pourvoir à ses besoins. C'était une obligation civile qui avait pour cause un devoir de conscience dérivant d'une obligation naturelle. Nous citons les termes de l'arrêt pour montrer combien il y a de vague et, par suite, d'inexactitude dans le langage et dans les idées en cette matière. Les *devoirs de conscience* sont étrangers au droit, il faut donc les laisser de côté. Quant aux obligations naturelles, elles produisent plus qu'un devoir de conscience, elles ont des effets juridiques. Le débiteur peut les acquitter, et il n'est pas admis à répéter ce qu'il a volontairement payé. Si le père peut fournir les aliments, il peut aussi s'obliger à les fournir; en ce sens l'obligation naturelle peut être convertie en une obligation civile. La jurisprudence est constante sur ce point; nous y reviendrons. Le père de l'enfant naturel avait de plus manifesté le désir qu'une somme de 100,000 francs fût donnée à sa fille naturelle; il avait écrit des lettres très-pressantes à sa mère pour l'engager à faire ce que lui était décidé à faire s'il était maître de sa fortune. La cour d'Angers avait vu dans cette correspondance une obligation naturelle convertie en obligation civile. Cela n'était pas exact; le fils qui demande à sa mère, dans la prévision de sa mort, qu'une somme de 100,000 francs soit donnée à son enfant naturel ne contracte aucun engagement personnel; la cour d'Angers avait donc méconnu une des conditions essentielles de toute obligation, la nécessité du consentement de celui qui s'oblige. L'arrêt ajoute qu'il n'y a pas lieu d'examiner la question de savoir si l'engagement, en supposant qu'il ait été pris, aurait été valable (1). Il aurait été valable comme obligation alimentaire. Il n'y a de doute qu'en ce qui concerne la forme : faut-il que les formes des donations soient observées? ou l'engagement est-il valable comme causé par une obligation naturelle? Nous avons examiné la difficulté au titre des *Donations* (2).

(1) Cassation, 15 janvier 1873 (Dalloz, 1873, 1, 180).
(2) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 440, nº 357.

La jurisprudence est très-favorable aux obligations alimentaires. Les sœurs germaines de la mère d'un enfant naturel lui abandonnent tous les biens délaissés par sa mère, à charge par le tuteur, auquel l'abandon est fait de nourrir et d'entretenir son pupille. Cet engagement fut exécuté pendant plus de seize ans; alors les héritiers légitimes intentèrent une action en pétition d'hérédité contre l'enfant. La cour de Bruxelles jugea que l'engagement pris par les sœurs, tantes naturelles de l'enfant, devait être considéré comme la reconnaissance d'une obligation naturelle; la cour ajoute que c'était un devoir de conscience envers un enfant à qui les rigueurs de la loi civile ne reconnaissent pas de famille et qui ne trouvait pas, dans la portion héréditaire que le code lui attribue, des ressources suffisantes pour pourvoir à son entretien (1). La décision est équitable, mais est-elle juridique? Les sœurs de la mère de l'enfant naturel étaient complétement étrangères à celui-ci; elles n'avaient aucun devoir à remplir à son égard, sauf un devoir de charité; et ce devoir n'est pas une obligation naturelle.

Autre est la question de savoir si l'obligation contractée envers la mère de l'enfant naturel, par le père, de réparer le préjudice qu'il lui a causé par les relations intimes qui ont existé entre eux passe aux héritiers. L'affirmative n'est pas douteuse. Il ne s'agit pas, dans ce cas, d'une obligation naturelle; l'obligation basée sur les articles 1382 et 1383 est civile et passe, comme telle, aux héritiers du débiteur. C'est la décision de la cour de Bruxelles (2).

18. L'obligation de doter les enfants est-elle une obligation naturelle? La question est controversée, comme presque tout est controversé en cette matière. C'est surtout quand on entre dans le détail des difficultés que l'on se trouve au milieu d'une véritable anarchie. Nous croyons qu'il y a obligation naturelle de la part des parents à doter leurs enfants. Si l'on admet notre définition des dettes

(1) Bruxelles, 11 janvier 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 284).
(2) Bruxelles, 7 août 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 376).

naturelles, la décision n'est pas douteuse. La dot a pour objet d'aider les enfants à s'établir et à supporter les charges du mariage; or, il y a obligation pour les parents de mettre leurs enfants à même de continuer, étant mariés, la vie d'aisance ou de richesse dont ils leur ont donné l'habitude et le besoin. C'est sur cette considération qu'est fondée la réserve des descendants. Que le devoir de doter réunisse toutes les conditions requises pour qu'il y ait une obligation, cela ne saurait être contesté; car, en droit romain, le devoir de doter était une obligation civile; donc il y a obligation naturelle. Puisque cela est si évident, comment se fait-il que la question soit controversée? On commence par attribuer à l'obligation naturelle des effets qu'elle n'a point, puis on refuse à l'obligation de doter la qualité d'obligation naturelle, parce que l'on n'ose pas lui reconnaître ces effets. Il faudrait admettre, dit Colmet de Santerre, que les engagements contractés pour cause de dot sont dispensés des formalités prescrites pour l'existence de la donation. Non, il ne faut pas admettre cela, car la dot reste une libéralité et sujette, comme telle, aux conditions des donations, précisément parce que l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour obtenir un établissement. On dit encore que l'obligation de doter ne peut être cautionnée ni hypothéquée, et, on en conclut que ce n'est pas une obligation naturelle. Il est très-vrai que l'obligation de doter ne peut être garantie par une sûreté accessoire; mais il en est ainsi de toute obligation naturelle, au moins dans notre opinion. Dans l'opinion contraire, on enseigne que l'obligation de doter est une simple dette morale ou de convenance, et l'on admet toutefois que la dot payée ne peut jamais être répétée, parce que la livraison a une cause juridique. Cela nous paraît contradictoire; un devoir moral n'est pas une cause juridique, sauf comme cause des donations. Si la dot ne peut être répétée, c'est qu'il y a réellement obligation naturelle et, par conséquent, l'article 1235 est applicable (1).

(1) Aubry et Rau, t. IV, §297, p. 6 et note 8, et t. V, p. 222, note 4, §500

19. Les dettes de jeu sont-elles des obligations naturelles? Cette question est aussi controversée, bien qu'elle paraisse être décidée par le texte du code. L'article 1965 dit que la loi n'accorde aucune action pour les dettes de jeu ou pour le payement d'un pari ; mais, aux termes de l'article 1967, le perdant ne peut, dans aucun cas, répéter ce qu'il a *volontairement* payé. Cet effet que la loi reconnaît aux dettes de jeu est précisément celui que produisent les dettes naturelles ; l'article 1235 est conçu dans les mêmes termes que l'article 1967 : « La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été *volontairement* acquittées. » Toullier a donc raison de dire que l'article 1967 ne fait qu'appliquer le principe établi par l'article 1235 (1). Toutefois il y a des dissentiments. Ceux-là mêmes qui admettent que les dettes de jeu sont des obligations naturelles ne reconnaissent pas à ces dettes tous les effets qu'ils attribuent aux obligations naturelles en général. Ainsi on enseigne qu'elles ne peuvent être ni novées ni cautionnées (2). Tel est aussi notre avis, mais par une raison différente, c'est qu'aucune obligation naturelle ne peut être cautionnée ni novée; nous reviendrons sur ce point. M. Demolombe dit que les dettes de jeu sont d'une nature particulière. Nous y reviendrons au titre des *Contrats aléatoires*, qui est le siége de la matière. Enfin, on a nié que la dette de jeu soit une obligation naturelle, quoiqu'elle produise l'effet que l'article 1235 attache à cette obligation. Il est vrai que l'ordonnance de janvier 1629 (art. 138) déclarait nulles toutes dettes contractées pour jeu et toutes obligations et promesses faites pour le jeu, et déchargeait le débiteur de toute obligation civile et *naturelle* (3). Mais cette ordonnance est abrogée et le code ne reproduit pas la disposition concernant les dettes de jeu. Même dans l'ancien droit, Pothier pensait

(4e édition) et les autorités qui y sont citées. En sens contraire, Colmet de Santerre, t. V, p. 309, n° 174 *bis* X ; de Folleville, *Notion du droit et de l'obligation*, p. 34, note 1.

(1) Toullier, t. III, 2, p. 247, n° 381. Aubry et Rau, t. IV, § 297, p. 6, et note 7.

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 308, n° 174 *bis* VIII et IX.

(3) De Folleville, *Notion du droit et de l'obligation*, p. 79.

« que ceux qui perdaient, en jouant sur leur parole, à des jeux défendus, des sommes considérables, étaient obligés, dans le for de la conscience, de les payer, et que celui qui les avait gagnées n'était pas tenu de les restituer (1). » Le code a consacré cette opinion; tel est du moins l'avis de l'orateur du gouvernement. Bigot-Préameneu, en expliquant l'article 1235, range parmi les obligations naturelles « celles dont la cause est trop défavorable pour que l'action soit admise (2); » ce qui ne peut se rapporter qu'aux dettes de jeu.

20. Lorsque la loi abolit une dette pour des raisons politiques, l'obligation naturelle continue de subsister. Nous en avons un exemple dans les rentes féodales. L'Assemblée constituante commença par les réduire à la qualité de simples rentes foncières, en les déclarant rachetables; la Convention nationale les supprima sans indemnité (décret du 17 juillet 1793). C'était violer le droit de propriété. En effet, ces rentes n'étaient pas, comme on se l'imaginait en 1793, le produit de la violence féodale, de l'abus de pouvoir des seigneurs; celles-là mêmes qui avaient été consenties comme prix de l'affranchissement des serfs furent célébrées, dans le principe, comme le plus grand des bienfaits; c'était, en effet, le premier pas vers la liberté (3); la plupart de ces rentes avaient été créées pour prix des héritages qui les devaient, c'étaient de vraies rentes foncières. Les abolir sans indemnité, c'était exproprier les créanciers au profit des débiteurs, et sans indemnité. Napoléon sentit ce qu'il y avait d'injuste dans cet acte de violence révolutionnaire; le décret du 9 décembre 1811, portant abolition de la féodalité dans les départements allemands réunis à l'empire, disposa (art. 50) que tous les droits féodaux ou censuels utiles qui étaient le prix d'une concession primitive de fonds seraient rachetables, mais qu'ils continueraient d'être payés jusqu'au rachat. Il suit de là que les constitutions de rentes féodales réunissaient toutes les conditions

(1) Pothier, *Traité du contrat de jeu*, n° 58.
(2) Exposé des motifs, n° 113 (Locré, t. VI, p. 168).
(3) Voyez mon *Etude sur la féodalité*.

requises pour former une convention; si le législateur les abolit, il n'a pas pu dégager les débiteurs du lien naturel qui les obligeait; donc les rentes restaient des obligations naturelles et, par conséquent, les débiteurs qui continuaient à les acquitter n'en pouvaient demander la répétition (1). Il a été jugé que les rentes féodales peuvent être novées en ce sens que le débiteur peut s'obliger à les payer, pourvu que l'acte ne contienne aucune stipulation féodale (2). C'est l'application du principe généralement admis, d'après lequel les obligations naturelles peuvent être novées; nous y reviendrons.

21. La doctrine et la jurisprudence rangent encore parmi les obligations naturelles celle d'un débiteur failli auquel ses créanciers accordent un concordat, en lui faisant remise d'une partie de ses dettes. Cette remise éteint l'action, elle n'éteint point le lien naturel qui oblige le débiteur. C'est sous le coup de la nécessité que les créanciers consentent à un concordat, ils n'entendent pas faire une libéralité à leur débiteur; s'ils cèdent une partie de leurs créances, c'est pour sauver le reste; la minorité est liée malgré elle, ce qui prouve qu'il ne s'agit pas de l'abdication volontaire d'un droit. La loi elle-même ne considère pas le débiteur comme véritablement libéré; elle dispose que le failli ne peut obtenir sa réhabilitation qu'en justifiant qu'il a payé, capital et intérêts, le montant intégral de ce qu'il devait lors de sa faillite (Code de comm., art. 605). La dette subsiste, mais dépourvue d'action, c'est-à-dire que l'obligation est devenue naturelle (3).

La jurisprudence est en ce sens. Mais il se présente toujours des difficultés et des doutes dans cette matière. Il arrive parfois que dans le concordat le débiteur exprime l'intention, en cas de retour à meilleure fortune, de désintéresser ses créanciers intégralement. La cour de cassation considère cet engagement comme une obligation na-

(1) Toullier, t. III, 2, p. 249, n° 384. Aubry et Rau, t. IV, § 297, p. 8, note 14.

(2) Cassation, 28 janvier 1840 (Dalloz, au mot *Propriété féodale*, n° 461, 1°).

(3) Duranton, t. X, p. 26, n° 40. Colmet de Santerre, t. V, p. 307, n° 174 *bis* VII.

turelle qui ne lie le débiteur que dans le for intérieur (1). Il nous semble qu'il y a plus qu'obligation naturelle; celle-là n'a pas besoin d'être écrite dans un acte, elle existe indépendamment de toute stipulation; si donc le failli promet de payer ses créanciers intégralement, en cas de retour à meilleure fortune, c'est que ses créanciers auront exigé cette promesse comme condition du concordat; il en résulte que la remise est conditionnelle; la dette civile subsiste et les créanciers ont une action si la condition se réalise; tandis qu'ils n'en ont aucune si le débiteur n'a pas fait de promesse. Il va sans dire que les tribunaux décideront, d'après les termes de l'acte, s'il y a promesse ou non.

Le même arrêt fait une application intéressante du principe d'après lequel le débiteur reste tenu d'une obligation naturelle. Un failli paye la portion des dettes dont le concordat lui avait accordé la remise; il prétend ensuite, lors de la liquidation de la communauté, que les héritiers de sa femme doivent supporter la moitié des dettes remises qu'il avait payées. La cour a rejeté cette prétention. Si le failli paye, c'est volontairement; il ne peut pas changer, en payant, le caractère de l'obligation qu'il acquitte et faire que ce qui n'était pour lui qu'une faculté devienne pour les héritiers une nécessité. Les créanciers n'auraient pu agir contre lui; donc en recevant le payement de la portion des dettes dont ils lui avaient fait remise, ils n'ont pu lui transporter d'autres droits que ceux qu'ils avaient, savoir les droits résultant d'une obligation naturelle qui ne pouvait fonder une action judiciaire. En théorie, la cour de cassation a bien jugé; mais, dans l'espèce, nous aurions décidé le contraire. Le concordat portait que le débiteur s'*obligeait*, en cas de bonne fortune, à restituer à ses créanciers la remise qu'ils lui avaient faite; il y avait donc un lien civil qui obligeait la communauté; cet engagement aurait donné action aux créanciers contre le failli, donc aussi contre la communauté; par suite le mari

(1) Rejet, 1er décembre 1863 (Dalloz, 1864, 1, 132). Comparez Bordeaux, 14 janvier 1869 (Dalloz, 1874, 5, 357).

pouvait exiger que les héritiers de la femme supportassent la moitié des dettes par lui payées.

22. Si, au lieu de payer la partie des dettes qui lui a été remise, le failli souscrit des billets, l'obligation naturelle est-elle novée en ce sens qu'elle devient civilement obligatoire? La jurisprudence est en ce sens : le failli concordataire, dit la cour de Poitiers, reste dans les liens d'une obligation naturelle pour tout ce dont ses créanciers ne sont pas payés; cette obligation peut, par la volonté du débiteur, se convertir en un engagement civil dont elle devient la cause licite(1). Nous reviendrons plus loin sur la question de savoir si une obligation naturelle peut être novée. Dans l'espèce, il n'y avait pas de novation, à notre avis. La dette était civile; elle cesse de l'être pour la partie remise, mais rien n'empêche le débiteur de renoncer au bénéfice de la remise; dès lors la dette redevient ce qu'elle avait été, civile. Il y a donc quelque chose de spécial dans l'obligation du failli. L'obligation est plus que naturelle, on peut la comparer à l'obligation civile qui est prescrite; la prescription éteint l'action, de même que l'action est éteinte par la remise; mais cette extinction est un bénéfice auquel le débiteur peut renoncer; par suite l'action revit et l'obligation redevient civile.

Il y a un arrêt en ce sens, mais la rédaction nous paraît incorrecte. Le failli avait, après la conclusion du concordat, pris l'engagement d'honneur, solidairement avec sa femme, de rembourser le solde de sa dette dès que ses ressources le lui permettraient et, en témoignage de sa bonne foi, il avait promis de soumettre ses registres à son créancier à la clôture de chaque inventaire. Il refusa de remplir sa promesse, en soutenant qu'un engagement d'honneur ne comportait aucun lien de droit. La cour de Rennes, adoptant les motifs du tribunal de commerce, commence par établir en principe que le failli reste tenu d'une obligation naturelle et que toute obligation naturelle peut devenir la cause légitime d'une obligation ci-

(1) Bordeaux, 24 août 1849 (Dalloz, 1850, 2, 102). Paris, 24 mai 1856 (Dalloz, 1857, 2, 45). Poitiers, 2 juillet 1872 (Dalloz, 1872, 2, 166).

vile(1). Cela est trop absolu, comme nous le dirons plus loin. Il fallait se borner à décider la question spéciale qui se présentait. C'est ce que la cour fait en ajoutant que l'obligation du failli concordataire est non-seulement naturelle, mais encore légale à divers points de vue; ainsi les créanciers ont le droit de retenir leurs titres de créance jusqu'au payement intégral en capital, intérêts et frais, et, d'un autre côté, le failli reste frappé de certaines incapacités jusqu'à ce qu'il ait payé intégralement tout ce qu'il devait. Voilà les véritables motifs de décider. Quant à l'expression d'*engagement d'honneur*, dit le tribunal de commerce, loin de diminuer l'obligation contractée par le failli, elle la fortifiait, puisque le failli promettait de remplir son obligation en honnête homme. Les termes de l'acte repoussaient d'ailleurs toute idée d'un devoir purement moral; est-ce qu'on s'oblige *solidairement* quand on n'entend contracter qu'une obligation de conscience?

§ III. *De l'effet des l'obligations naturelles.*

N° 1. PRINCIPE.

23. En droit romain, l'obligation naturelle produisait à peu près tous les effets d'une obligation civile, sauf qu'elle n'était pas munie d'une action. Cette théorie tenait à la différence que l'on admettait entre les pactes et les contrats; elle tomba avec ces distinctions. Pothier dit que le *seul effet* des obligations purement naturelles est que le débiteur qui a payé volontairement ne peut pas répéter, le payement qu'il a fait étant valable, parce qu'il a eu un juste sujet de payer (2). Le code a consacré cette opinion; il ne contient qu'une seule disposition sur les obligations naturelles; l'article 1235 répète ce que dit Pothier, que le débiteur qui a acquitté volontairement une obligation naturelle ne peut pas répéter ce qu'il a payé. C'est donc

(1) Rennes, 8 janvier 1872 (Dalloz, 1873, 2, 14), et Rejet de la chambre civile, 29 avril 1873 (Dalloz, 1873, 1, 208). Dans le même sens, Aix, 11 juin 1872 (Dalloz, 1873, 2, 177).
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 195.

là le seul effet que produit l'obligation naturelle. L'orateur du gouvernement s'est exprimé en ce sens ; nous transcrivons ses paroles, elles sont importantes : « L'obligation naturelle ne devenant un lien civil que par induction tirée du payement, cette obligation ne peut avoir d'autre effet que celui d'empêcher la répétition de ce qui a été payé. Mais elle ne peut faire la matière d'une compensation, ni avoir les autres effets que lui donnait la loi romaine par suite de cette distinction que nous n'avons point admise entre les pactes et les contrats (1).

24. Telle n'est pas la doctrine des auteurs ni de la jurisprudence. On attribue à l'obligation naturelle d'autres effets plus ou moins considérables. On a même ressucité la théorie romaine, en enseignant que l'obligation naturelle produit tous les effets attachés à l'obligation civile, sauf qu'elle ne donne pas d'action en justice et qu'elle ne peut pas servir à compensation ; on ajoute que l'obligation naturelle produit ces effets en dehors de l'assentiment du débiteur et même malgré sa volonté contraire formellement exprimée (2). Nous croyons qu'il faut s'en tenir strictement à l'opinion de Pothier, reproduite par Bigot-Préameneu. Cela résulte de l'essence même de l'obligation, naturelle telle que le code la consacre. Le législateur ne reconnaît pas l'obligation naturelle, puisqu'il refuse l'action au créancier. Il s'ensuit que l'obligation naturelle n'existe pas aux yeux de la loi jusqu'au moment où le débiteur trouve bon de l'acquitter ; mais le payement l'éteint comme il éteint toute dette ; donc l'obligation naturelle ne produit d'effet qu'au moment où elle est éteinte. C'est dire qu'elle n'a point d'existence légale ; tout dépend de la volonté du débiteur. Voilà pourquoi l'article 1235 dit qu'il n'y a pas lieu à répétition quand l'obligation naturelle a été *volontairement* acquittée. Le texte de la loi réfute donc l'opinion qui reconnaît à l'obligation naturelle des effets indépendamment de la volonté du débiteur ; comment cette obligation aurait-elle des effets malgré le débiteur, alors qu'elle n'existe aux yeux de la loi que lors-

(1) Exposé des motifs, n° 113 (Locré, t. VI, p. 168).
(2) De Folleville, *Notion du droit et de l'obligation*, p. 81 note et p. 83.

que le débiteur l'a *volontairement* acquittée? A vrai dire, il n'y a pas de débiteur, il n'y a pas de dette, le débiteur n'apparaît qu'au moment où il cesse de l'être, et la dette s'éteint à l'instant même où elle a un effet juridique. Après son extinction, elle ne saurait produire aucun effet, et avant son extinction par le payement, la loi ne la connaît pas, c'est le néant : comment le néant aurait-il un effet civil quelconque?

N° 2. DE L'EFFET QUE PRODUIT L'OBLIGATION NATURELLE D'APRÈS LE CODE CIVIL.

25. Nous avons cité à plusieurs reprises l'article 1235. Il en résulte que le créancier d'une obligation naturelle n'a point d'action; la loi ne lui donne qu'une exception contre l'action en répétition que le débiteur intenterait après avoir acquitté volontairement l'obligation naturelle. Pourquoi le législateur accorde-t-il une exception au créancier, tout en lui refusant une action? L'orateur du gouvernement répond que « le payement est une renonciation aux exceptions sans lesquelles l'action eût été admise, renonciation que la bonne foi seule et le cri de la conscience sont présumés avoir provoquée, renonciation qui forme un lien civil que le débiteur ne doit plus être le maître de rompre. » Cette explication se rapporte à certaines obligations que Bigot-Préameneu considère comme des obligations naturelles, les obligations des incapables, les obligations éteintes par la prescription, la chose jugée ou le serment. A notre avis, ces obligations ne sont pas des dettes naturelles; de sorte que l'explication donnée par l'orateur du gouvernement tombe. On peut dire que les raisons pour lesquelles le législateur a refusé l'action à certaines obligations n'existent point pour repousser l'exception. Il serait contraire au respect filial que l'enfant poursuivît son père en justice pour le forcer à lui donner une dot; mais cette raison tombe quand le père fait volontairement un établissement à son enfant. Le père est, en principe, obligé de doter ses enfants, et il est heureux de remplir cette obligation; mais il serait

odieux de l'y contraindre quand il ne le fait pas volontairement; car, dans ce cas, il a une raison pour ne pas le faire, et le législateur doit respecter cette raison. On voit, par cet exemple, que les obligations naturelles sont, par leur essence, des obligations volontaires, à la différence des obligations civiles qui impliquent un lien obligatoire; voilà pourquoi le législateur ne les a munies que d'une exception.

26. L'article 1235 dit que le débiteur ne peut pas répéter ce qu'il a payé *volontairement* en acquit d'une obligation naturelle. Quel est le sens du mot *volontairement?* Il implique d'abord, comme nous venons de le dire, que l'obligation naturelle est volontaire de son essence; d'où suit qu'elle ne saurait avoir d'effet malgré le débiteur; c'est le débiteur qui reconnaît l'existence de l'obligation naturelle, en la payant de son propre mouvement. Le mot *volontairement* a donc un sens tout à fait spécial dans notre matière. Il ne s'agit pas d'une volonté libre, comme en matière d'obligations civiles, où la violence vicie le consentement. La violence ne se conçoit même pas en matière d'obligations naturelles, car la violence serait sans objet, le débiteur ne pouvant pas être forcé de remplir son obligation. L'existence même de l'obligation dépend de la volonté du débiteur, en ce sens que le législateur ne donne aucune action contre lui, elle le laisse libre de reconnaître son engagement en l'acquittant, ou de ne pas le reconnaître; dès qu'il ne l'acquitte pas, il n'y a pas d'obligation à sa charge.

Le mot *volontairement* a encore une autre signification. On suppose que le débiteur paye une dette naturelle, croyant que c'est une dette civile : pourra-t-il répéter? Oui, car il n'a pas en payant entendu reconnaître l'existence d'une dette naturelle, puisqu'il croyait payer une dette civile. Dès lors il n'y a pas d'obligation naturelle, et comme il n'y a pas d'obligation civile non plus, il n'y a pas de dette; par suite il y a lieu à la répétition de l'indû. Mais s'il paye une dette naturelle sachant que c'est une dette naturelle, il ne peut pas répéter, car il a reconnu l'existence d'une obligation naturelle en l'acquittant; c'est le cas

de donner au créancier l'exception contre l'action en répétition que le débiteur exercerait (1).

27. Les obligations naturelles peuvent-elles servir à compensation? On s'accorde à enseigner la négative (2). Il est vrai que la compensation est un payement et qu'elle est régie par les principes qui régissent le payement. Mais la compensation s'opère de plein droit, donc sans le concours de volonté du débiteur, même à son insu; ce qui exclut la compensation d'une obligation naturelle. D'ailleurs la compensation n'a lieu que pour les dettes exigibles, et les obligations naturelles ne sont pas exigibles, puisque le payement n'en peut être exigé. Cela est décisif.

Nº 3. DES EFFETS QUE LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE RECONNAISSENT AUX OBLIGATIONS NATURELLES.

28. Les obligations naturelles peuvent-elles être garanties par un cautionnement ou une hypothèque? On distingue les diverses espèces d'obligations naturelles. Les obligations des incapables peuvent être cautionnées quand l'incapacité est purement civile, telle que celle des femmes mariées, des interdits et des mineurs qui ont atteint l'âge de raison. Si l'incapacité est naturelle, telle que celle des enfants ou des aliénés, il n'y a pas de lien naturel, donc aucune obligation; partant les obligations accessoires ne se conçoivent pas (3). Cette décision est incontestable au fond; elle est en partie basée sur le texte de la loi (article 2012). Dans notre opinion, il n'y a jamais d'obligation naturelle quand un incapable contracte (nº 10), et quand il y a incapacité de consentir, l'obligation est inexistante; l'obligation civilement imparfaite peut certes être cautionnée et hypothéquée; mais faut-il demander si le néant peut être assuré par une obligation accessoire?

On admet encore que les obligations civiles éteintes par la prescription, la chose jugée ou le serment peuvent être

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 310, nº 174 *bis* XI. Demolombe, t. XXVII, p. 40, nº 47. Gand, 22 février 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 130).
(2) Toullier, t. III, 2, p. 252, nº 388 et tous les auteurs.
(3) Toullier, t. III, 2, p. 254, nº 393 et suiv.

cautionnées. Cela est également certain, non pas qu'il y ait une dette naturelle proprement dite, il y a plus que cela; le débiteur qui accorde une caution ou une hypothèque à son créancier renonce par là à se prévaloir de l'exception qu'il pouvait lui opposer; ce qui fait revivre l'obligation civile (1).

Enfin on enseigne que les dettes de jeu ne peuvent être cautionnées, parce que la loi les réprouve à raison de la défaveur qui s'attache à leur cause. Il en est de même des rentes féodales qui ont été abolies comme contraires à l'ordre public et auxquelles on ne peut, par conséquent, pas donner effet (2). Dans notre opinion, cela va sans dire.

Ces distinctions que l'on fait, dans l'opinion générale, sont très-inconséquentes. On établit plusieurs espèces d'obligations naturelles produisant des effets différents, alors que la loi ne connaît qu'une seule obligation naturelle à laquelle elle attache un seul effet, celui d'empêcher la répétition. Si la question pouvait être décidée en théorie, il faudrait dire que toute obligation naturelle est susceptible d'être cautionnée. Pourquoi la loi valide-t-elle le payement d'une dette naturelle? Parce que le débiteur qui paye une dette naturelle reconnaît qu'il est lié; la loi approuve cette reconnaissance volontaire (n° 25). Si elle permet au débiteur de reconnaître la dette en la payant, pourquoi ne pas lui permettre de la reconnaître en fournissant à son créancier une caution ou une hypothèque? Reste à savoir si l'on peut admettre cette doctrine dans le silence de la loi. Nous ne le croyons pas. Dans la théorie du code, comme le dit très-bien Bigot-Préameneu, l'obligation naturelle ne devient un lien civil que par induction tirée du payement; donc tant qu'il n'y a pas de payement, il n'y a aucune dette aux yeux de la loi. Et comment cautionnerait-on une dette qui n'existe pas (3)?

29. L'obligation naturelle peut-elle être novée? La

(1) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 345, note 10.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 194. Toullier, t. III, 2, p. 256, n° 395.
(3) Voyez, en sens contraire, Colmet de Santerre, t. V, p. 304, n° 174 *bis* III.

doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour admettre que l'obligation naturelle peut servir de cause à une obligation civile. Où pourrait être la raison de douter? dit Toullier. C'est une cause reconnue non-seulement honnête, mais encore légitime, puisque la loi ne permet pas la répétition de ce qui a été payé volontairement pour acquitter une obligation naturelle. Si on peut l'éteindre par le payement, pourquoi ne pourrait-on pas l'éteindre par la novation? La novation est un acte volontaire comme le payement; si le débiteur peut reconnaître une obligation naturelle en la payant, il doit aussi avoir le droit de la reconnaître en la novant (1).

Cela est très-vrai en théorie. Mais le code consacre-t-il cette théorie? Il n'admet d'autre reconnaissance d'une obligation naturelle que le payement, peut-être parce que c'est la seule qui ne laisse subsister aucun doute sur la volonté de celui qui paye. L'interprète peut-il étendre la disposition de l'article 1235 aux autres modes d'extinction des obligations? Nous avons déjà dit que pour la compensation cela était impossible (n° 27). La novation d'une obligation naturelle ne se conçoit pas davantage si l'on s'en tient à la rigueur des principes. Pour qu'il y ait novation, il faut une première obligation qui réunisse toutes les conditions requises pour son existence juridique; une obligation inexistante ne peut être novée, parce que c'est le néant. Or, une obligation naturelle est inexistante en ce sens qu'elle n'existe que lorsque le débiteur la reconnaît en la payant; éteinte par le payement au moment où elle naît, il ne peut plus être question de la nover. Il faudrait une disposition formelle de la loi pour que l'on pût admettre la novation d'une obligation naturelle, car c'est une exception aux principes qui régissent la novation.

La doctrine est assez inconséquente. Après avoir posé en principe que l'obligation naturelle peut être novée, elle ajoute une exception pour les dettes de jeu et elle n'étend pas cette exception aux rentes féodales. Qui donne le

(1) Toullier, t. III, 2, p. 253, n° 390, et Colmet de Santerree, t. V, p 304, n° 174 *bis* III.

droit aux interprètes de créer des exceptions à une règle qu'ils prétendent établie par l'article 1235? Qui leur donne le droit de limiter cette exception? C'est l'arbitraire le plus absolu; pour mieux dire, les auteurs et les tribunaux font la loi (1). Ce qui augmente la confusion, c'est qu'on appelle quelquefois novation ce qui n'est point une novation. Duranton, partisan de l'opinion générale, en fait la remarque. Je souscris un billet par lequel je m'engage à payer une dette qui était prescrite : y a-t-il novation en ce sens qu'une obligation naturelle est éteinte et remplacée par une obligation civile? Non, il y a renonciation à la prescription et, par suite, la dette civile subsiste comme si elle n'avait pas été éteinte (2).

La novation soulève encore une autre difficulté. En exécution d'une obligation naturelle, le débiteur s'oblige à servir une rente ou une pension. L'obligation civile manque de cause, à notre avis, si on la considère comme novation, c'est-à-dire comme un acte à titre onéreux. Mais une obligation naturelle, et même un simple devoir moral suffit pour valider une libéralité. Reste à savoir si l'on doit observer les formes prescrites pour l'existence de la donation. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Donations* (3).

30. La jurisprudence est, sur tous ces points, contraire à notre opinion. Nous avons rapporté les arrêts au titre des *Donations*. La question se présente d'ordinaire en ce qui concerne les formes de l'acte. Une pension alimentaire est constituée par un père à son enfant à titre de dot : faut-il observer les formes prescrites pour les donations? ou est-ce un acte à titre onéreux, le payement d'une dette naturelle? De même une libéralité est faite pour services rendus : doit-elle se faire dans les formes des donations? La jurisprudence valide ces actes, en les considérant comme des actes à titre onéreux. Au point de vue des textes et des principes, nous croyons que la jurisprudence a tort. D'une part, toute libéralité est une dona-

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 297, p. 9 et note 20.
(2) Duranton, t. X, p. 347, n° 336.
(3) Voyez mon tome XII, p. 436, nos 355 et suiv.

tion et doit être faite dans les formes voulues par la loi, à moins qu'elle ne se fasse de la main à la main. D'autre part, l'obligation naturelle que l'on invoque pour considérer comme un acte à titre onéreux tout ce qu'on fait en exécution d'un devoir de conscience, quand même ce serait une dette naturelle, n'a d'autre effet que de valider le payement; donc tout acte qui n'est pas un payement est une libéralité et soumis, comme telle, aux formes des donations. En réalité, la jurisprudence s'est mise au-dessus de la loi; pour s'en convaincre, on n'a qu'à lire les motifs embarrassés des arrêts. Par engagement verbal, deux époux s'obligent à payer une pension annuelle de 500 francs à leur fille en considération de son prochain mariage. Cet engagement est-il valable? Oui, dit la cour de Bruxelles, parce qu'une donation peut être faite en dehors des formes légales quand elle se fonde sur une obligation naturelle. Ainsi la cour avoue que la promesse est une donation, et elle l'affranchit des formes prescrites pour les donations. C'est bien là une dérogation à la loi : appartient-il aux magistrats de faire exception à la loi? Déroger à la loi, c'est faire la loi, et les tribunaux n'ont pas ce droit-là. La cour invoque l'obligation naturelle de doter et elle insiste sur la modicité de la pension. Est-ce que la modicité d'une donation la dispense des formes des donations? Qu'importe que la donation soit faite en exécution d'une obligation naturelle? L'article 1235 nous dit quel est l'effet des obligations naturelles : le payement volontaire qui en est fait ne peut être répété. Dans l'espèce, loin qu'il y eût payement, la pension promise n'avait jamais été payée; l'action avait pour objet de forcer les père et mère à payer la dot. Ainsi la cour admet une action qui tend à contraindre le débiteur d'une obligation naturelle à l'acquitter, tandis que la loi ne reconnaît d'obligation naturelle que lorsqu'elle est acquittée volontairement : n'est-ce pas là une violation ouverte de la loi? La cour conclut que l'engagement litigieux ne constitue pas, *à proprement parler*, une disposition à titre gratuit. Y a-t-il par hasard deux espèces de donations, les unes soumises aux formes légales, les autres affranchies de ces formes? Après avoir

qualifié l'engagement de donation, la cour finit par dire que c'est un contrat ordinaire non solennel (1). Qu'est-ce que ce contrat ordinaire? On le chercherait vainement dans la loi.

La jurisprudence, aujourd'hui constante, admet une autre dérogation à la rigueur des principes; elle valide les donations faites sous forme d'un contrat à titre onéreux. Si l'on admet cette doctrine, on peut justifier les décisions qui considèrent comme valables les libéralités faites en vertu d'une obligation naturelle, ou d'un devoir de conscience, pourvu que l'acte onéreux qui déguise la libéralité soit valable. C'est ainsi que la cour de Liége a jugé qu'une libéralité était valable, quoiqu'elle n'eût d'autre cause que des services rendus; la reconnaissance est, en effet, une cause légitime en matière de donation. Dans l'espèce, la libéralité était faite sous forme de partage, c'est-à-dire que celui qui avait rendu des services à une famille fut admis à partager la succession délaissée par celui à qui les services avaient été rendus. Les formes des donations n'étaient pas observées; peu importe, dit la cour, puisqu'une libéralité peut se faire valablement sous forme d'un contrat onéreux (2). Dans la doctrine consacrée par la jurisprudence, la décision est très-juridique.

Si nous critiquons la jurisprudence, c'est par respect pour la loi. Nous avouons que le système du code est trop rigoureux en ce qui concerne les formes des donations. C'est cette rigueur excessive, comme nous l'avons dit ailleurs, qui a conduit les tribunaux à se mettre au-dessus de la loi. Et pour ce qui concerne les obligations naturelles, la théorie du code est incomplète. La loi n'admet que le payement des dettes naturelles; mais si on peut les reconnaître et leur donner effet en les payant, pourquoi

(1) Bruxelles, 8 avril 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 206). Dans le même sens, Liége, 18 décembre 1851 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 254), et Gand, 14 juillet 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 281). La jurisprudence française est conforme. Nous nous bornons à citer un arrêt de rejet de la cour de cassation, du 26 janvier 1826, qui décide en principe qu'une obligation naturelle peut être la cause d'un engagement qui produise des effets civils (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1408).

(2) Liége, 8 juillet 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 77).

ne pourrait-on pas les reconnaître en promettant de les payer? La jurisprudence est plus rationnelle que le code, mais il n'appartient pas au juge d'être plus sage que le législateur.

31. Les obligations naturelles peuvent-elles être confirmées? D'après la rigueur des principes, la négative n'est point douteuse. Confirmer un acte, c'est renoncer au droit que l'on a d'en demander la nullité à raison d'un vice qui l'infecte. Cela suppose que l'acte existe, c'est-à-dire qu'il réunit les conditions voulues par la loi pour son existence juridique, bien qu'il soit entaché d'un vice qui le rend nul. La confirmation couvre ce vice et rend l'acte valable, comme s'il n'avait jamais été vicié. Il résulte de là qu'une obligation naturelle ne saurait être confirmée. Elle n'est pas infectée d'un vice qui la rende nulle; le débiteur n'en doit pas demander la nullité, puisqu'il n'est pas tenu civilement, le créancier n'ayant point d'action contre lui. Il n'y a donc pas là matière à confirmation : peut-il être question de confirmer une obligation qui n'est pas viciée? de renoncer à une action en nullité qui n'existe point? Il y a un autre principe qui s'oppose à la confirmation d'une dette naturelle. Une obligation inexistante ne peut être confirmée, car on ne confirme pas le néant. Or, l'obligation naturelle est inexistante, en ce sens que cette obligation ne produit aucun effet avant d'être payée; comme l'a dit l'orateur du gouvernement, elle ne devient un lien civil que par induction tirée du payement. Puisqu'elle n'a point d'existence juridique, elle ne saurait être confirmée. Enfin la confirmation valide l'obligation dès son principe; cela n'est pas possible pour la dette naturelle, la confirmation ne peut pas avoir pour effet qu'une obligation naturelle soit une obligation civile; la loi ne lui attribue qu'un seul effet civil, c'est qu'étant payée, elle n'est pas sujette à répétition.

Voilà ce que dit la rigueur logique. Est-elle en harmonie avec la raison? L'obligation naturelle devient une obligation civile par le payement volontaire qu'en fait le débiteur. Pourquoi? Parce que le débiteur reconnaît en payant qu'il était lié. Si la reconnaissance par le paye-

ment valide l'obligation naturelle, pourquoi n'en serait-il pas de même de la confirmation? Il y a une autre contradiction dans la loi; elle admet une confirmation tacite par l'exécution volontaire de l'acte, c'est-à-dire par le payement. Et elle n'admet pas la confirmation expresse! Elle aurait dû l'admettre à plus forte raison, puisque la confirmation expresse ne laisse aucun doute sur la volonté du débiteur de donner un effet civil à l'obligation naturelle.

Les auteurs sont divisés. Toullier enseigne que l'obligation naturelle peut être confirmée, à moins qu'il n'y ait un vice d'ordre public qui s'y oppose. Larombière et les éditeurs de Zachariæ repoussent la confirmation quoiqu'ils admettent la novation (1). Cela nous paraît contradictoire. La novation transforme l'obligation naturelle en obligation civile; pourquoi la confirmation n'aurait-elle pas le même effet?

SECTION II. — Des obligations conditionnelles.

§ I[er]. *Notions générales.*

N° 1. Y A-T-IL DEUX ESPÈCES D'OBLIGATIONS CONDITIONNELLES?

32. L'article 1168 distingue deux espèces d'obligations conditionnelles; il porte : « L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas. » D'après cette disposition, il y aurait une obligation conditionnelle sous condition suspensive, et une obligation conditionnelle sous condition résolutoire. Que l'obligation soit conditionnelle quand elle est contractée sous condition suspensive, cela n'a jamais fait de doute. Ce qui caractérise, en effet, l'obligation conditionnelle, c'est qu'elle dépend d'un événement

(1) Toullier, t. III, 2, p. 253, n[os] 291 et 292. Larombière, t. III, p. 61, n° 9 de l'article 1235 (Ed. B., t. II, p. 142). Aubry et Rau, t. IV, p. 9, note 22 du § 297.

futur et incertain, comme le dit l'article 1168, de sorte que son existence est incertaine; elle existera si la condition se réalise, elle n'existera point si la condition défaillit. En est-il de même lorsque l'obligation est contractée sous condition résolutoire? Il est certain que la condition résolutoire ne suspend pas l'existence de l'obligation, car elle existe et elle produit tous ses effets comme si elle était pure et simple, et elle est réellement pure et simple; il n'y a donc rien d'incertain, rien qui soit en suspens en ce qui concerne l'existence de l'obligation; donc elle n'est pas conditionnelle. Qu'est-ce qu'il y a d'incertain dans une obligation sous condition résolutoire? C'est sa résiliation; elle sera résiliée si la condition s'accomplit; elle ne sera pas résiliée si la condition ne s'accomplit point. Il y a donc aussi quelque chose d'incertain, de suspendu dans l'obligation sous condition résolutoire, c'est la résiliation de l'obligation. Puisque la résiliation dépend d'un événement futur et incertain, il faut dire qu'elle est suspendue. C'est dire que la condition résolutoire est, en réalité, une condition suspensive. Il n'y a donc, en définitive, qu'une condition, la condition suspensive; elle suspend tantôt l'existence de l'obligation, tantôt sa résiliation. Nous aboutissons à la conclusion qu'il n'y a pas deux obligations conditionnelles, il n'y en a qu'une seule, c'est celle qui est contractée sous condition suspensive; quand elle est contractée sous condition résolutoire, elle n'est pas conditionnelle, elle est pure et simple, il n'y a que la résolution qui soit conditionnelle. Les auteurs du code ont donc tort de distinguer deux obligations conditionnelles; il fallait dire que la condition suspend soit l'existence de l'obligation, soit sa résolution.

Telle est la vraie théorie, c'est celle des jurisconsultes romains; les interprètes du code sont unanimes à le reconnaître (1). C'était aussi la doctrine de Pothier (2), mais il ne la formule pas d'une manière précise; et comme il traite séparément de la condition suspensive et de la condition résolutoire, les auteurs du code, qui ne sont pas des

(1) Marcadé, t. IV, p. 434, n° I de l'article 1168, et tous les auteurs.
(2) Pothier, *Des obligations*, n°s 198 et 224.

théoriciens, ont cru devoir distinguer deux espèces d'obligations conditionnelles. Demante et après lui Demolombe disent qu'il n'y a là qu'une différence dans la manière de s'exprimer, ce qui n'est d'aucune importance; ils en concluent que l'on peut accepter sans scrupule les qualifications du code Napoléon (1). Sans doute, il n'y a aucune importance pratique à admettre deux conditions et deux obligations conditionnelles, ou à n'en admettre qu'une seule. Mais la précision des idées et la netteté du langage ont toujours leur importance dans une science qui est essentiellement logique. N'est-ce pas là le grand mérite des jurisconsultes romains? Il faut imiter nos maîtres, et le législateur doit donner l'exemple.

33. Nous nous servons de la terminologie du code, cela va sans dire. La différence est grande entre l'obligation contractée sous condition suspensive et l'obligation contractée sous condition résolutoire; dans le premier cas, tous les effets de l'obligation sont en suspens; dans le second, l'obligation produit tous ses effets, mais ces effets sont résolus lorsque la condition s'accomplit. Il importe donc beaucoup de distinguer si la condition est suspensive ou résolutoire. C'est une question de fait plutôt que de droit, puisque c'est l'intention des parties qui décide. Le juge décidera en consultant les termes de l'acte et les circonstances de la cause. C'est le droit commun. Larombière dit que, dans le doute, il faudrait supposer que la condition est résolutoire plutôt que suspensive, parce que la suspension de la convention est contraire à l'intention présumée des contractants (2). Cela aboutit à résoudre la difficulté par des présomptions; la loi n'en établit aucune, et *à priori* on ne peut pas affirmer que la suspension, plutôt que la résolution, soit contraire à la volonté des parties contractantes. Il faut donc laisser là toutes ces suppositions et s'en tenir aux principes qui régissent l'interprétation des contrats.

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 143, n° 84 *bis*. Demolombe, t. XXV, p. 272, n° 279 et p. 274, n° 280.
(2) Duranton, t. X, p. 49, n° 44. Larombière, t. II, p. 8, n° 8 (Ed. B., t. I, p. 322).

Une vente est faite par un père à sa fille. Les premières clauses de l'acte impliquent une vente pure et simple sans condition aucune. Il y est dit que les acheteurs seront propriétaires des biens vendus dès le jour de la vente, à la charge d'acquitter les impôts. Mais l'énumération des conditions de la vente se termine par la clause suivante : le père se réserve l'usufruit et l'acheteur s'interdit la faculté de vendre pendant toute la durée de l'usufruit. En raison de cette clause, dit l'article 6 du contrat, l'acheteur aura la faculté d'*accepter* la présente vente ou d'y *renoncer* pendant un délai de trois ans, pendant lequel les présentes conventions seront suspendues. » Il y a une condition dans cette dernière clause : est-elle suspensive ou résolutoire? La régie prétendit que la vente était faite sous condition résolutoire; que, par conséquent, il y avait translation de propriété immédiate; ce qui donnait lieu à la perception des droits de mutation. Ces prétentions furent repoussées par le tribunal, et sa décision fut confirmée par la cour de cassation. Il y avait un léger doute. La faculté d'*accepter* la vente indiquait une condition suspensive, tandis que la faculté de *renoncer* marquait une condition résolutoire. Mais le doute était levé par la fin de la clause; dire que les conventions sont *suspendues* pendant le délai de trois ans, c'est déclarer nettement que la vente est faite sous condition suspensive. Vainement la régie objectait-elle que toutes les clauses de la convention étaient pures et simples; on ne pouvait pas isoler les premières clauses de la dernière; celle-ci portait sur tout le contrat et le suspendait en entier. Il n'y avait donc pas de transport de propriété, partant il n'y avait pas lieu de percevoir des droits de mutation (1).

Une promesse de vente est faite sous les conditions suivantes : qu'il sera passé acte de vente par-devant notaire et que l'acheteur payera un à-compte de 12,000 fr. sur le prix. En résultait-il que la vente était conditionnelle? Le premier juge l'avait considérée comme pure et simple, sous condition résolutoire. Sa décision a été cas-

(1) Rejet, chambre civile, 4 janvier 1858 (Dalloz, 1858, 1, 37).

sée. La cour remarque qu'il ne peut s'agir de résoudre un contrat avant qu'il ne soit définitivement formé. Or, dans l'espèce, la promesse de vente ne devait devenir une vente qu'après la passation de l'acte et le payement de l'à-compte; l'acheteur conservait donc le droit, et il en avait usé, de renoncer à la vente s'il ne voulait pas en remplir les conditions. Il y avait cependant une circonstance qui donnait lieu à un doute. L'acheteur était entré en possession des immeubles vendus. N'en fallait-il pas conclure que, dans l'intention des parties, la vente était définitive, sauf à l'acheteur à la résoudre, en n'accomplissant pas les conditions du contrat? La cour de cassation répond que la prise de possession d'un immeuble prouve la transmission de la propriété lorsqu'elle est l'exécution d'un contrat définitif; mais quand le contrat est suspendu par une condition, la possession aussi n'a qu'un caractère provisoire et reste subordonnée à la même éventualité que le contrat; car on ne peut pas supposer que la mise en possession ait modifié les clauses du contrat et transformé une vente conditionnelle en une vente pure et simple (1).

34. Les adjudications donnent lieu à des difficultés assez fréquentes. Nous laissons de côté celles qui tiennent à la procédure, les autres se décident d'après les principes généraux de droit; il faut donc voir quelles sont les intentions des parties contractantes, ce qui se réduit à interpréter le cahier des charges. Le vendeur se réserve le droit de résoudre les adjudications qui seront prononcées, soit pour le cas où tous les articles composant le domaine ne seraient pas vendus, soit pour le cas où il se présenterait un amateur pour acquérir la totalité du domaine; il est ajouté que cette résolution aura lieu par une simple déclaration du vendeur faite au procès-verbal et que, par suite, toutes les adjudications partielles seront résolues. Cette vente était-elle sous condition suspensive ou sous condition résolutoire? Le receveur de l'enregistrement perçut les droits de mutation. Il fut jugé, dans ce sens, que la vente était évidemment sous condition ré-

(1) Cassation, 6 mai 1863 (Dalloz, 1863, 1, 215).

solutoire. Cela résultait des termes du cahier des charges que nous venons de rapporter. De plus, il était dit que les adjudicataires seraient propriétaires et pourraient disposer des immeubles comme de choses leur demeurant en propre par le seul fait de l'adjudication, et qu'ils entreraient en jouissance par la perception des loyers et fermages à leur profit à compter de la même époque. De là découlait une conséquence très-grave au point de vue fiscal; c'est que les adjudicataires partiels étaient tenus du droit proportionnel d'enregistrement et que ces droits ne leur devaient pas être restitués, alors que le vendeur, usant de la faculté qu'il s'était réservée, déclarerait les adjudications partielles résolues par suite d'une adjudication en bloc du domaine (1). Certes ce résultat n'est pas dans les intentions des adjudicataires et le vendeur n'y a aucun intérêt; il faut donc rédiger le cahier des charges de manière que l'adjudication se fasse sous condition suspensive.

N° 2. DÉFINITION DE LA CONDITION.

35. Pothier définit la condition en ces termes : c'est le cas d'un événement futur et incertain, qui peut arriver ou ne pas arriver, duquel on fait dépendre l'obligation. L'article 1168 reproduit cette définition. Il en résulte que pour qu'il y ait condition, il faut d'abord que l'événement soit une chose future. L'article 1181 contient une définition différente; il assimile à un événement futur l'événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties. Pothier dit, au contraire, qu'une obligation contractée sous une condition pareille n'est pas proprement une obligation conditionnelle. En effet, il n'y a rien de suspendu dans ce cas. S'il s'agit d'une condition suspensive, l'obligation existe, puisque la condition est remplie au moment où l'obligation est contractée. C'est ce que dit l'article 1181: « dans ce cas, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée. » Mais quoique la chose soit due, le créan-

(1) Jugement du tribunal de Dijon, du 23 juillet 1855 (Dalloz, 1856, 3, 19).

cier ne peut l'exiger, dit Pothier, jusqu'à ce qu'il se soit rendu certain du fait et qu'il l'ait notifié au débiteur (1). C'est dire que la prétendue condition est un terme. La différence est grande : dans les obligations conditionnelles, c'est le débiteur qui supporte les risques, tandis que dans les obligations à terme ils sont à charge du créancier (2).

Si l'événement prévu comme condition est arrivé et qu'il s'agisse d'une condition résolutoire, il n'y a jamais eu d'obligation, puisque au moment même où elle devait se former elle était résolue ; l'obligation n'a donc pas pu se former. Toutefois l'accomplissement de l'événement étant ignoré des parties, le créancier a action contre le débiteur, et l'obligation recevra son exécution ; sauf, quand les parties apprendront que l'événement est arrivé, à opérer les restitutions de manière que les parties soient replacées dans l'état où elles seraient si elles n'avaient jamais traité. Il n'y a pas même l'apparence d'un contrat dans ce cas ; de sorte que le fait de la possession du créancier ne peut avoir aucune conséquence juridique. Nous verrons plus loin s'il en est de même dans le cas où le contrat qui a existé est résolu par l'arrivée de la condition (3).

36. Pour qu'il y ait condition, il faut, en second lieu, qu'elle soit d'une chose incertaine ou, comme dit Pothier, d'une chose qui peut arriver ou ne pas arriver. La condition d'une chose qui arrivera certainement n'est pas une condition, parce qu'elle ne suspend pas l'obligation, elle en diffère seulement l'exigibilité ; elle équivaut donc à un terme. Peu importe que l'événement ne s'accomplisse qu'après la mort des parties contractantes, car nous promettons et nous stipulons pour nous et pour nos héritiers. Dans les legs, le terme incertain peut faire condition (4). Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Donations*.

Si le cas d'un événement certain était stipulé comme condition résolutoire, il y aurait obligation, mais tempo-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 202. Duranton, t. XI, p. 12, n° 11.
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 144, n° 86 *bis*. Duranton, t. XI, p. 14, n° 12.
(3) Colmet de Santerre, t. V, p. 144, n° 86.
(4) Pothier, *Des obligations*, n° 203.

raire. Ce serait encore un terme qui mettrait fin à l'obligation, tandis que l'obligation à terme ne pourrait être exécutée qu'à l'arrivée du terme.

37. Nous avons dit ailleurs comment la condition doit être exprimée et quelle différence il y a entre la condition et la charge (1). Il se présente, au sujet de l'expression de la condition, une question très-importante, celle de savoir s'il y a des conditions tacites. Qu'il y ait des conditions tacites en vertu de la loi, cela ne fait aucun doute, puisque nous avons des textes. Il y a une condition résolutoire tacite très-fréquente, c'est celle qui est écrite dans l'article 1184; nous y reviendrons. Y a-t-il aussi des conditions tacites sans texte en vertu de la volonté des parties contractantes? Il peut y avoir des conditions tacites, il n'y a jamais de conditions présumées. La condition est la modalité d'un contrat; or, il n'y a de conventions quelconques qu'en vertu du consentement des parties contractantes. Mais les parties peuvent consentir d'une manière expresse ou d'une manière tacite; si le contrat peut se former par consentement tacite, il en faut dire autant des modalités du contrat; il y a des termes tacites, il peut donc aussi y avoir des conditions tacites, car la loi n'exige pas que la condition soit stipulée d'une manière expresse. Autre est la question de savoir si l'interprète peut admettre des conditions par voie de présomption. La négative est si évidente, qu'il paraît inutile de poser la question. Si nous y insistons, c'est que les auteurs imaginent souvent des conditions pour le besoin de la cause, comme nous l'avons dit bien des fois et comme nous aurons encore l'occasion de le dire. Y a-t-il des contrats présumés? Non, certes, car l'homme est libre, et pour qu'il soit obligé, il faut qu'il y consente. Par la même raison, il ne peut y avoir de condition présumée, car la condition est un élément essentiel du contrat conditionnel, puisqu'elle en suspend l'existence ou la résiliation. Le texte de la loi consacre cette opinion. Aux termes de l'article 1184, la condition résolutoire est sous-enten-

(1) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 568, n°s 487-493.

due dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisfait pas à son engagement. Voilà une condition tacite, elle est fondée sur l'intention présumée des parties contractantes; cependant il a fallu que le législateur l'écrive dans la loi pour que les parties puissent l'invoquer dans le silence du contrat; cela est si vrai qu'en droit romain la condition résolutoire pour inexécution des engagements de l'une des parties n'existait que lorsqu'elle avait été stipulée; c'est ce qu'on appelait le pacte commissoire. Il n'y a donc d'autres conditions tacites que celles qui résultent de la volonté des parties, et celles qui sont sous-entendues par le législateur (1).

En théorie, les auteurs sont d'accord sur le principe tel que nous venons de le formuler, bien qu'ils ne s'expriment pas toujours avec l'exactitude désirable. Les conditions tacites, dit Toullier, sont celles qui existent dans les contrats, quoiqu'elles n'y aient pas été exprimées. Elles dérivent de différentes causes. D'abord de la loi qui les supplée, puis de la nature du contrat ou des choses qui en font l'objet, enfin de la volonté *présumée* des contractants. Quant aux conditions légales, il n'y a aucun doute. La condition dérive de la nature des choses lorsque la chose qui fait l'objet du contrat n'existe pas encore, mais peut exister ou ne pas exister : je vous vends la récolte de mon vignoble, la grêle détruit les vignes, il n'y a point de vente; la vente d'une chose future, à moins qu'elle ne soit aléatoire, est conditionnelle sans que les parties aient besoin de le dire, parce que leur volonté résulte de la nature des choses; l'événement futur et dont l'existence est incertaine forme nécessairement condition. Enfin, les conditions tacites dérivent de la volonté vraisemblable et *présumée* des contractants. Ici est l'erreur, Toullier lui-même la reconnaît; il corrige ses expressions en les expliquant. « Il faut, dit-il, pour sous-entendre une condition, qu'elle résulte de l'ensemble de l'acte, de la manière dont il est conçu, des *expressions* dont on s'est servi; on ne doit pas admettre de conditions sur des conjectures extrin-

(1) Comparez Aubry et Rau. t. IV, § 302, p. 60 et note 2; p. 62 et note 9.

séques presque toujours fausses ou du moins équivoques, et qui rendraient tout arbitraire et incertain (1). » Il eût été plus simple de dire que la condition ne peut résulter que de la volonté des parties exprimée ou résultant des clauses de l'acte.

38. La jurisprudence est dans le même sens. Il a été jugé que la cession d'un office contient la condition tacite de la nomination du cessionnaire. En effet, la loi française du 28 avril 1816 permet seulement aux titulaires de certains offices de présenter un successeur à l'agrément du roi ; donc la cession est faite nécessairement sous la condition suspensive de l'agrément du roi ; aussi la loi du 25 juin 1841 (art. 14) dispose-t-elle que les droits perçus sur le traité sont restitués si la cession n'a pas reçu d'effet (2).

Une compagnie vend 4,000 fanègues cacao chargées pour son compte sur tel navire ; il se trouve que le navire contient une charge de cacao, mais pour une autre maison. L'acheteur demande l'exécution de son marché. Il a été jugé que la vente était conditionnelle ; le vendeur ne s'obligeait pas purement et simplement à livrer les 4,000 fanègues, il vendait une chose spécifiée, les cacaos chargés pour son compte sur un navire déterminé ; ce qui implique deux conditions : la première, le chargement des fanègues pour son compte : la deuxième, le chargement sur tel navire. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet dont les termes méritent d'être notés, ils sont très-restrictifs et rentrent dans la doctrine que nous avons enseignée. « La décision de la cour de Bordeaux, dit l'arrêt, fondée sur les *faits* établis au procès, sur la *correspondance* des parties et sur l'*interprétation* de leurs conventions, d'après les *circonstances* qui avaient précédé, accompagné et suivi ces conventions, d'après les *termes* dans lesquels elles étaient conçues, rentrent dans le domaine exclusif de la cour d'appel (3). »

(1) Toullier, t. II, 3, p. 315, nos 502-504.
(2) Jugement du tribunal de Vendôme, du 30 juillet 1847 (Dalloz, 1848, 5, 161).
(3) Rejet, 7 juin 1836 (Dalloz, au mot *Vente*, no 184, 2o).

J'achète un terrain pour la construction d'une chaussée à pratiquer sur une rivière, dans le but d'établir une prise d'eau pour alimenter une usine que je me propose de construire. La chaussée est construite avec autorisation de l'administration départementale, puis la démolition en est ordonnée par un arrêté royal. Le terrain est ensuite vendu tel qu'il avait été acheté. L'acte primitif portait que le vendeur cédait le droit et faculté et le terrain nécessaire pour la construction d'une chaussée. Il a été jugé que la vente d'une chaussée était résolue par défaut d'autorisation. Sur le pourvoi, la cour de cassation décida que l'*existence* de la vente dépendait essentiellement de l'existence d'un barrage à faire par l'acquéreur; ce barrage n'ayant pas été autorisé, la vente devait être considérée comme non avenue. C'est dire qu'il y avait une condition suspensive tacite, laquelle ne s'étant pas réalisée, la vente tombait. L'arrêt de la cour est aussi restrictif que celui que nous venons de rapporter : « Pour déclarer la vente non avenue, les juges n'ont fait, ainsi qu'ils en avaient exclusivement le droit, qu'apprécier les *clauses* du contrat, la *volonté* des contractants, les *actes, faits* et *circonstances* de la cause (1). »

N° 3. DES CONDITIONS IMPOSSIBLES ET ILLICITES.

39. Pour qu'une condition soit valable, dit Pothier, il faut que ce soit la condition d'une chose possible, licite et qui ne soit pas contraire aux bonnes mœurs. Pothier en tire la conséquence qui est consacrée par l'article 1172. « Toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend. » Par exemple, dit Pothier, je vous promets une somme sous cette condition : si vous faites un triangle sans angles, ou sous celle d'aller tout nu dans les rues (2). Quand les parties traitent sous une condition impossible, elles n'entendent pas traiter sérieusement, elles font un badinage, et vraiment les

(1) Rejet, 8 février 1837 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1124).
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 204.

auteurs ont tort de s'occuper de ces mauvaises plaisanteries. Si elles stipulent une condition illicite ou immorale, le législateur ne peut pas donner effet à leurs conventions, car il ne peut pas sanctionner une convention qui viole la loi ou les bonnes mœurs. Nous avons dit ailleurs que le code n'admet pas ce principe dans les donations et testaments : les conditions impossibles, immorales ou illicites qui s'y trouvent sont réputées non écrites.

Il ne faut pas confondre la condition illicite avec la cause illicite. La cause est le motif juridique qui engage les parties à contracter; il doit y avoir une cause dans tout contrat, sinon il n'existe pas et, par suite, il ne peut avoir aucun effet: ce sont les termes de l'article 1131. La condition est une simple modalité du contrat, donc un élément accidentel. Voilà pourquoi la condition illicite peut être effacée dans les donations, et la donation reste néanmoins valable. Dans les contrats onéreux, la condition illicite entraîne la nullité du contrat, tandis que la cause illicite en entraîne l'inexistence. La distinction entre la cause et la condition a encore plus d'importance en matière de donations; les conditions illicites y sont réputées non écrites et la libéralité est maintenue, tandis que la cause illicite les vicie dans leur essence et les rend inexistentes. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Donations et Testaments*, sur ces difficiles questions.

I. *Des conditions impossibles.*

40. La condition est impossible quand les lois de la nature mettent obstacle à son accomplissement. Nous en avons donné un exemple d'après Pothier; on en chercherait vainement un exemple dans la vie réelle. Il y a aussi une impossibilité juridique; les conditions juridiquement impossibles sont celles qui ne peuvent s'accomplir à raison d'un obstacle légal; de sorte que la condition ne pourrait s'accomplir que par un changement dans la législation (1). Cela encore est de pure théorie. L'article 1174

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 302, p. 63 et suiv., et notes 13-15.

est-il applicable quand les difficultés résultant de la loi sont telles que l'accomplissement de la condition en devient impossible? La question se résout en une interprétation d'intention. Si les difficultés sont telles, que la condition ne puisse pas s'accomplir rigoureusement et si les parties ont voulu l'accomplissement rigoureux de la condition, on est dans le texte et dans l'esprit de l'article 1174; mais si les parties n'ont voulu que ce qu'il est possible de faire, il n'y a plus d'impossibilité et, par suite, la condition est valable ainsi que le contrat dont elle dépend. Voici un cas qui s'est présenté devant la cour de Gand. Dans l'acte de vente d'une succession, il est stipulé que l'acheteur ne payera le prix que s'il est démontré d'une *manière convenable* par les vendeurs qu'il n'y a pas d'autres héritiers qu'eux ayant quelque droit à la succession. Le premier juge avait considéré cette condition comme impossible, ce qui entraînait la nullité de la convention. Sur l'appel, la décision a été réformée. Les héritiers vendeurs n'étaient pas tenus de faire la preuve juridique qu'il n'existait aucun successible; une preuve pareille aurait pu être considérée comme impossible; l'acte leur imposait seulement l'obligation de fournir une démonstration convenable, c'est-à-dire de justifier d'une manière plausible qu'il n'existait pas de parents paternels ayant droit à l'hérédité, et cette preuve n'était certes pas impossible (1).

41. Pour qu'une condition soit impossible et qu'elle vicie l'obligation, il ne suffit pas que le débiteur ne puisse l'accomplir si, du reste, la chose est possible. Les lois romaines le décident ainsi, et il est assez inutile de les invoquer. Aux termes de l'article 1172, il faut que la condition soit d'une chose impossible pour qu'elle annule le contrat; et on ne peut certes pas dire, d'une chose qui est possible, qu'elle devient impossible parce que le débiteur ne peut pas l'accomplir (2).

42. A quelle époque l'impossibilité doit-elle exister? La condition étant un élément de la convention, il faut

(1) Gand, 19 janvier 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 257).
(2) Toullier, t. III, 2, p. 307, n° 482.

voir si, au moment où elle se forme, elle est valable. Lorsque la condition est impossible à ce moment, la convention ne se forme pas; peu importe que la condition, impossible d'abord, devienne possible ensuite; la convention ne s'étant pas formée, il faudrait un nouveau concours de consentement pour qu'il y eût convention. Par contre, quand la condition est possible lors du contrat, l'obligation se forme; si ensuite elle devient impossible, il faut décider que la condition a défailli (1). Nous croyons inutile de nous arrêter sur des points qui ne sont guère discutés qu'à l'école.

II. *Des conditions illicites et immorales.*

43. Quand une condition est-elle illicite ou immorale? Cette question donne lieu à de nombreuses difficultés; nous les avons examinées au titre des *Donations et Testaments*. Ici nous nous bornons à rapporter les décisions qui concernent les contrats à titre onéreux.

44. Une femme demande la séparation de corps. Pendant l'instance, un arrangement intervient entre les époux: le mari consent à ce que sa femme vive séparée de lui pendant un espace de temps provisoirement limité à trois ans, qu'elle exerce la reprise de son mobilier et qu'elle reprenne l'administration de ses biens; à ces conditions la femme, de son côté, consent à se désister de sa demande. La condition était contraire à la loi, la séparation de corps volontaire étant nulle, de même que la séparation de biens volontaire; par suite la condition sous laquelle la femme s'était désistée était nulle, donc le désistement aussi était frappé de nullité. Dans l'espèce, on pouvait soutenir que la cause même était illicite et que le désistement était inexistant, car le motif juridique qui engageait la femme à se désister est réprouvé par la loi. Il y a un arrêt en ce sens (2). Une femme séparée de biens s'engage de laisser, dans une maison qui lui appartient en propre, des meubles suffisants pour que son mari puisse

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 64 et suiv., et notes 18 et 19 du § 302.
(2) Nancy, 22 janvier 1870 (Dalloz, 1870, 2, 76).

s'y retirer, mais sous la condition expresse qu'elle ne serait pas forcée de l'y suivre. Elle loue ensuite cette maison ; le mari s'y oppose en vertu de l'engagement pris par sa femme. Cet engagement était conditionnel et la condition était nulle, puisqu'elle violait la puissance maritale, qui est d'ordre public; la nullité de la condition entraînait la nullité de la convention. La femme conservait donc le droit de louer la maison dont elle avait la libre administration (1).

45. Un acte de vente stipule comme condition du contrat que l'acheteur n'établira pas un hôtel dans la maison qu'il va construire sur le terrain vendu et sur le terrain adjacent. On soutint que la condition était illicite comme violant le droit de propriété et la liberté de l'industrie. La cour de Lyon déclara la condition valable. Dans l'espèce, elle n'avait pas pour objet un intérêt industriel, en empêchant une concurrence désavantageuse au vendeur; celui-ci voulait seulement éviter les désagréments et les incommodités qui pouvaient résulter de l'établissement d'une auberge. Aucune loi ne prohibe d'apporter des restrictions à l'exercice du droit de propriété; le code en consacre, au contraire, sous le titre de servitudes, et les droits qui peuvent être stipulés comme servitudes peuvent aussi l'être comme droits de créance. C'est aux tribunaux à décider, d'après la volonté des parties contractantes et la nature du droit, s'il s'agit d'un droit réel ou d'un droit personnel (2).

46. Les héritiers présomptifs d'une femme mariée sous le régime dotal consentent un cautionnement de l'obligation contractée par leur mère, avec cette condition expresse que le créancier ne fera usage du cautionnement qu'après le décès de la débitrice et seulement sur les biens qui pourront échoir dans sa succession à ses deux enfants; quant aux biens que ceux-ci possédaient déjà et qu'ils pourraient acquérir à tout autre titre que celui de leur mère, l'acte porte qu'ils ne pourront jamais être soumis

(1) Caen, 8 avril 1851 (Dalloz, 1852, 2, 127).
(2) Lyon, 30 décembre 1870 (Dalloz, 1871, 2, 137).

aux suites et aux effets de ce cautionnement. Il a été jugé que ce cautionnement était nul comme étant fait sous une condition illicite. Les enfants, en effet, ne s'obligeaient pas personnellement; on ne pouvait donc pas leur appliquer le principe que celui qui oblige sa personne oblige ses biens; leur engagement était limité à certains biens. Et quels étaient ces biens? Ceux qu'ils recueilleraient dans la succession de leur mère; de sorte que s'ils n'y recueillaient rien, le cautionnement devenait sans objet. De là suit que les biens à recueillir dans la succession étaient la condition de l'obligation contractée par eux; c'était une stipulation sur une succession future: nulle à ce titre, elle annulait le cautionnement qui en dépendait (1).

47. Il est stipulé dans un contrat de remplacement que le prix, payable au bout de sept années, terme de la libération définitive du remplacé, ne pourrait être cédé ni aliéné sous aucun prétexte, à peine de nullité des conventions qui interviendraient. Au mépris de cette clause, le prix fut cédé. Sur les poursuites intentées par le cessionnaire, le débiteur demanda la nullité de la cession. Elle fut prononcée par le premier juge. C'était une erreur : le jugement fut cassé et il devait l'être. La cour de cassation dit que la libre disposition des biens est une règle d'ordre public consacrée par le code civil (art. 544, 1594 et 1598); le législateur seul qui l'a établie peut y déroger ou permettre d'y déroger. En dehors des cas prévus par la loi, les parties ne peuvent pas déclarer un droit incessible et mettre hors du commerce des choses qui doivent y rester (2).

III. *Effet de la condition impossible ou illicite.*

48. L'article 1174 met la condition illicite sur la même ligne que la condition impossible ; l'une et l'autre sont nulles et rendent nulle la convention qui en dépend. Il y a cependant des différences entre la condition impossible et la condition illicite ou immorale.

(1) Bordeaux, 16 août 1852 (Dalloz, 1853, 2, 71).
(2) Cassation, 6 juin 1853 (Dalloz, 1853, 1, 191).

Aux termes de l'article 1173, la condition de ne pas faire une chose impossible ne rend pas nulle l'obligation qui en dépend. C'est la reproduction de la doctrine de Pothier : la chose est si évidente qu'on pouvait hardiment l'abandonner à l'école, où l'on aime trop à débattre des questions oiseuses. Est-ce une condition que de dire : Je vous promets une somme si vous n'arrêtez pas le cours du soleil? Cette condition, dit Pothier, n'a aucun effet, et l'obligation est pure et simple. Il aurait dû dire que la question est une niaiserie, à laquelle on ne doit pas répondre.

En est-il de même de la condition de ne pas faire une chose contraire aux lois ou aux mœurs? Pothier répond : « La condition de ne pas faire une chose contraire aux mœurs ou aux lois peut rendre l'acte nul, parce qu'il est contraire à la *justice* et à la *bonne foi* de stipuler une somme pour s'abstenir d'une chose dont nous sommes d'ailleurs obligés de nous abstenir (1). » Nous ne voyons pas ce que la *bonne foi* et la *justice* ont à faire dans ce débat. Pothier aurait dû dire que la condition est contraire aux bonnes mœurs.

Cette distinction de Pothier doit-elle encore être suivie sous l'empire du code civil? Nous le croyons, bien que la question soit controversée. On dit que les auteurs du code n'ont reproduit la doctrine de Pothier qu'en ce qui concerne la condition impossible; ils gardent le silence sur la condition illicite; ce silence est significatif. Le législateur n'a pas voulu trancher la question *à priori*, il l'a abandonnée à l'appréciation du juge. C'est au juge à examiner si la condition est ou non contraire aux bonnes mœurs. Nous répondrons que Pothier ne dit pas autre chose; la condition *peut* rendre l'acte nul; il ne dit pas que la condition annule nécessairement l'acte. Le juge l'annulera s'il trouve que la condition est immorale. A notre avis, elle l'est toujours. Tout le monde est d'accord qu'il y a immoralité quand le futur créancier, procédant par voie de menace ou d'intimidation, extorque une promesse

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 204.

sous la condition qu'il s'abstiendra d'un fait illicite; il y a là une spéculation honteuse que vulgairement on appelle du chantage; si le débiteur en demande la nullité, certes les tribunaux la prononceront. Mais supposons qu'une personne, pour encourager une autre personne dans la voie du bien, ou pour la détourner du mal, lui fasse spontanément une promesse sous la condition qu'elle s'abstiendra d'un acte illicite, cette convention, dit-on, a un but moral et la justice doit la sanctionner (1). A notre avis, la condition de ne pas faire une chose illicite ou immorale est toujours contraire aux bonnes mœurs. C'est une mauvaise morale que celle qui engage à remplir ses devoirs par l'appât d'une somme d'argent; la morale ne doit jamais ressembler à un trafic; ceux qui ne remplissent leurs devoirs que par l'espoir d'une récompense sont des mercenaires. Il ne faut donc pas habituer les hommes à spéculer sur l'accomplissement de leurs devoirs. La vraie moralité exige que l'on s'abstienne du mal, parce que c'est le mal, comme on doit faire le bien parce que c'est le bien. Tel est l'idéal, et il appartient au législateur d'élever la moralité des hommes : il doit bien se garder de l'abaisser (2).

49. Une question analogue est celle de savoir si la condition est nulle lorsque le débiteur s'oblige, au cas où il commettrait un acte illicite, à une prestation quelconque. Nous croyons que la condition est immorale, parce qu'elle implique aussi que le débiteur ne s'abstient du mal que pour échapper à la prestation, laquelle est une espèce de peine que la convention lui impose pour qu'il reste dans la voie du devoir. On nous oppose l'autorité de Papinien; nous répondons que le jurisconsulte stoïcien, quelque éminent que fût son sens moral, n'avait pas la délicatesse de conscience qu'une religion spiritualiste et une civilisation progressive ont développée chez les peuples chrétiens. Quand il s'agit de bonnes mœurs, ce n'est pas chez les

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 149, n° 93 *bis* I, suivi par Demolombe, t. XXV, p. 292, n° 308.

(2) Larombière, t. II, p. 33, n° 9 de l'article 1173 (Ed. B., t. I, p. 332). Comparez Duranton, t. VI, p. 41, n° 35.

anciens que nous devons chercher nos autorités; il faut nous inspirer des sentiments de l'humanité moderne (1).

50. La condition illicite produit des effets bien différents quand elle est attachée à une donation; la loi la répute non écrite et maintient la libéralité. Il arrive parfois qu'un acte tient tout ensemble de la donation et du contrat onéreux; s'il est fait sous une condition illicite, faudra-t-il appliquer l'article 900 ou l'article 1172? C'est une question de fait que le juge décidera en interprétant le contrat. La mère tutrice se démet de la tutelle et rend un compte dont elle paye le reliquat au nouveau tuteur. Lors du mariage de sa fille, la mère lui constitua une dot de 10,000 francs et la fille déclara, comme condition de la donation, ratifier le compte irrégulier de tutelle. La condition était illicite, puisqu'elle dispensait la tutrice de l'obligation de rendre un compte légal : fallait-il effacer la condition illicite en vertu de l'article 900, ou annuler la donation en vertu de l'article 1172? La cour de Pau décida que l'acte était un de ces contrats commutatifs innomés participant du contrat de bienfaisance et du contrat à titre onéreux, où l'une des parties, en retour de l'avantage qu'elle procure, s'assure un avantage réciproque et où l'autre partie, en retour du bienfait qu'elle reçoit, promet un fait personnel. Si, dans l'espèce, la mère faisait une donation à sa fille, celle-ci, à son tour, confirmait l'acte de liquidation de la succession de son père et le compte de tutelle. L'avocat général avait proposé de diviser la stipulation, en recherchant quel était, dans la somme donnée, l'équivalent de la confirmation promise par elle, ce qui aurait abouti à déclarer l'acte en partie gratuit, en partie onéreux. Ce système ne fut pas admis par la cour, parce qu'il divisait des stipulations qui, dans l'intention des parties, étaient indivisibles. Sur le pourvoi en cassation, il intervint un arrêt de rejet (2).

(1) En sens contraire, Colmet de Santerre, t. V, p. 148, n° 92 *bis*, suivi par Demolombe, t. XXV, p. 290, n° 306.

(2) Pau, 3 mars 1869 (Dalloz, 1869, 2, 203), et Rejet, 21 décembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 308).

§ II. *Division des conditions.*

N° I. DES CONDITIONS CASUELLES, POTESTATIVES ET MIXTES.

I. *Définitions.*

51. Aux termes de l'article 1169, « la condition casuelle est celle qui dépend du hasard et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur. » La définition est empruntée à Pothier, avec cette légère différence que Pothier ne parle que du *créancier ;* le code ajoute le *débiteur*, lequel peut ne s'obliger que sous condition. Pothier donne comme exemples : « Si j'ai des enfants, si je n'ai point d'enfants, si un tel navire arrive à bon port des Indes. » Il faut ajouter que la condition est encore casuelle quand elle dépend de la volonté d'un tiers ; car la volonté d'un tiers n'est pas plus au pouvoir des parties qu'un fait quelconque qui leur est étranger (1).

52. « La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher » (art. 1170). Pothier ne prévoit la condition potestative comme la condition casuelle qu'en ce qui concerne le créancier ; il donne cet exemple : « Je m'oblige envers mon voisin de lui donner telle somme s'il abat dans son champ un arbre qui me bouche la vue. » La condition potestative peut aussi être ajoutée en faveur du débiteur : je m'oblige à vous vendre une maison si je vais à Paris. Il ne faut pas confondre la condition potestative de l'article 1170 qui peut être ajoutée à la convention, en faveur du débiteur comme en faveur du créancier, avec la condition potestative de l'article 1174 qui annule l'obligation lorsqu'elle a été contractée de la part de celui qui s'oblige. Ce qui caractérise la condition potestative de l'article 1170, c'est qu'elle fait dépendre l'obligation d'un *événement* qu'il est au pouvoir

(1) Pothier, *Des obligations*, n°s 201 et 205. Toullier, t. III, 2, p. 312, n° 496.

du créancier ou du débiteur de faire arriver ou d'empêcher. Dans l'exemple donné par Pothier, le créancier peut abattre l'arbre, il peut aussi ne pas l'abattre; s'il l'abat, l'obligation existera; s'il ne l'abat pas, il n'y aura pas d'obligation. De même, dans l'autre exemple, si je vais à Paris, je devrai la prestation promise; je ne la devrai pas si je ne vais pas à Paris. Il dépend du créancier d'abattre l'arbre, il dépend du débiteur de s'établir à Paris. Mais cela ne dépend pas entièrement d'eux. Quand la condition consiste dans un acte de pure volonté, elle ne peut être stipulée au profit du débiteur; c'est ce que dit l'article 1174, sur lequel nous reviendrons plus loin (1).

53. « La condition mixte est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers » (art. 1171). C'est la définition de Pothier; il donne cet exemple : « Si vous épousez ma nièce. »

La condition qui dépend de la volonté de l'une des parties et du hasard est-elle mixte? D'après la définition de Pothier, adoptée par le code, il faut répondre négativement; pour que la condition soit mixte, elle doit dépendre en partie de la volonté d'un tiers; si la condition dépend en partie du hasard, elle rentre dans la définition de la condition potestative. La condition « si je m'établis à Paris » n'est pas une condition mixte, c'est une condition potestative; il est vrai qu'il peut se présenter des circonstances fortuites qui mettent obstacle à mon établissement à Paris, mais, en général, c'est ma volonté qui en décidera. Puisque la volonté joue le rôle principal dans l'accomplissement de la condition, le législateur lui a donné le nom de *potestative* (2).

54. Quel est l'intérêt pratique de la division des conditions en casuelles, potestatives et mixtes? En droit romain, il y avait une différence entre ces diverses conditions en ce qui concerne les legs. La condition casuelle

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 201. Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 535.
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 146, n° 90 *bis* I. Larombière, t. II, p. 26, art. 1171, n° 2 (Ed. B , t. I, p. 330). Demolombe, t. XXV, p. 278, n° 289. En sens contraire, Duranton, t. XI, p. 18, n° 19.

était de rigueur, en ce sens que si elle ne s'accomplissait pas, le legs devenait caduc. Il n'en était pas de même de la condition potestative et mixte. Le legs recevait son effet, alors même que la condition n'était pas accomplie, si le légataire avait fait tout ce qui dépendait de lui pour l'accomplir. Tel était le legs fait sous la condition « si vous épousez ma nièce. » Il recevait son exécution si le légataire avait fait ce qu'il pouvait pour réaliser la condition. On n'admettait pas cette interprétation indulgente en matière de conventions; quelle que fût la condition, elle devait être accomplie, les parties n'étant pas censées s'être contentées de la bonne volonté de celui qui devait accomplir la condition. La différence entre les legs et les contrats tenait à la faveur extrême dont jouissaient les dispositions testamentaires chez les Romains (1). Cette faveur excessive est étrangère à notre droit et à nos mœurs; par suite il faut appliquer aux testaments comme aux conventions la disposition de l'article 1175 qui porte : « Toute condition doit être accomplie de la manière dont les parties ont vraisemblablement entendu qu'elle le fût. »

La division des conditions en casuelles et potestatives joue un rôle important en matière de donations. Nous avons examiné les difficultés auxquelles donne lieu la condition potestative. Cette condition n'est pas sans difficulté, même en matière de conventions; il s'agit de déterminer le sens de l'article 1174.

II. *De la condition purement potestative.*

53. Aux termes de l'article 1174, toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. Qu'entend-on, dans cet article, par condition potestative? Ce ne peut être la condition potestative telle qu'elle est définie par l'article 1170, puisque cette condition, loin d'annuler le contrat, peut y être ajoutée en faveur du débiteur aussi

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 536.

bien qu'en faveur du créancier, tandis que la condition potestative de l'article 1174 annule la convention quand elle est stipulée en faveur du débiteur. L'article 1174 ne dit pas en quoi la condition potestative dont il parle diffère de la condition potestative définie par l'article 1170; il faut donc recourir à la tradition, aux travaux préparatoires et aux principes généraux de droit.

La tradition nous donne l'explication de l'article 1174. Pour qu'une condition soit valable, dit Pothier, il faut qu'elle ne détruise pas la nature de l'obligation; telle est la condition qui ferait dépendre l'obligation de la *pure* et *seule volonté* de la personne qui s'engage; comme si je promettais quelque chose sous la condition : si je veux, si cela me plaît. En effet, l'obligation étant un lien de droit qui nous impose la nécessité de faire ou de ne pas faire quelque chose, rien n'est plus contraire à sa nature que de la faire dépendre de la pure volonté du débiteur. Une telle condition détruit l'obligation, parce qu'elle détruit le lien de droit sans lequel l'obligation n'existe pas (1).

La rédaction primitive de l'article 1174 reproduisait la doctrine de Pothier; il était ainsi conçu : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition *purement potestative* de la part de celui qui s'oblige. » Le Tribunat proposa la suppression du mot *purement* par une assez mauvaise raison; la section de législation craignait les difficultés qui pourraient s'élever sur la question de savoir si telle condition, reconnue d'ailleurs pour potestative, était ou n'était pas *purement* potestative. La section proposa la formule suivante : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle dépend *uniquement* d'une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. » Cette rédaction rendait moins bien que celle du projet l'idée de Pothier (2). Le conseil d'Etat fit droit à la proposition du Tribunat en supprimant le mot *purement*; il n'est dit nulle part pourquoi il ne le remplaça pas par le mot *uniquement*. Toutefois, il est certain que les auteurs du code

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 205.
(2) Observations du Tribunat, n° 18 (Locré, t. VI, p. 127).

ont entendu consacrer les principes enseignés par Pothier. L'orateur du gouvernement répète ce que Pothier dit, bien qu'en termes moins précis : « Si la condition *dépend* de l'une des parties contractantes, si elle est la *maîtresse* de *rompre* ou de *maintenir* le *lien* que l'acte semble former, il n'y a point réellement d'obligation, elle est nulle (1). » Bigot-Préameneu a tort de parler des deux parties, à moins qu'il ne suppose un contrat synallagmatique dans lequel chacune des parties contracte une obligation. Il est bien certain que la condition purement potestative ne vicie le contrat que quand elle est stipulée au profit du débiteur. Si elle était stipulée au profit du créancier, l'obligation serait parfaitement valable; pour mieux dire, toute obligation dépend de la volonté du créancier, puisqu'il est toujours libre d'en exiger ou de n'en pas exiger l'exécution, ce qui n'empêche point le débiteur d'être lié.

L'article 1174 exprime donc une pensée bien simple, c'est qu'il n'y a pas d'obligation sans lien juridique, et il n'y a pas de lien quand le débiteur est lié s'il le veut. La condition potestative de l'article 1174 est la condition purement potestative, comme le disait le projet et comme Pothier l'explique : la condition, si je veux, si cela me plaît. Il ne valait vraiment pas la peine de formuler ce principe, puisqu'il découle de l'essence même de l'obligation; et nous ne pensons pas que des parties contractantes aient jamais traité sous une condition pareille. Les contrats sont chose sérieuse; or, traiter sous la condition : si le débiteur veut, c'est faire une mauvaise plaisanterie; faut-il une disposition de la loi pour décider qu'il n'y a pas d'obligation lorsque le débiteur ne s'oblige pas (2)?

56. Le Tribunat voulait prévenir les difficultés, en supprimant le mot *purement*, et c'est cette suppression qui les a fait naître. A s'en tenir au texte de l'article 1174, on pourrait croire que toute condition potestative annule l'obligation. Ainsi entendu, l'article 1174 serait en con-

(1) Exposé des motifs, n° 58 (Locré, t. VI, p. 157).
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 151, n° 94 *bis* I. Demolombe, t. XXV, p. 298, n° 314.

tradiction avec l'article 1170, qui permet de s'obliger sous condition potestative. Pour concilier les deux dispositions, il faut admettre que la condition potestative de l'article 1174 n'est pas la condition potestative de l'article 1170. La condition purement potestative détruit le lien et partant annule l'obligation. Il n'en est pas de même de la condition potestative qui consiste dans un fait que le débiteur a le pouvoir d'accomplir ou de ne pas accomplir; il est vrai que sa volonté y joue un rôle, mais l'accomplissement de la condition ne dépend pas uniquement de sa volonté, puisque des circonstances fortuites peuvent l'empêcher de faire ce qui, en général, est en son pouvoir. Il y a donc un lien de droit; et, par suite, l'obligation se forme. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point, et l'on ne conçoit pas même le désaccord (1). Pour compléter notre démonstration, nous transcrirons un passage de Pothier qui est décisif. « Quoique j'aie promis une chose sous une condition potestative, de manière qu'il dépende de ma volonté de l'accomplir ou de ne la pas accomplir, comme si je vous ai promis dix pistoles en cas que j'allasse à Paris, la convention est valable; car il n'est pas entièrement en mon pouvoir de ne les pas donner, puisque je ne puis m'en dispenser qu'en m'abstenant d'aller à Paris; il y a donc de ma part une obligation et un véritable engagement (1). » Il faut faire une réserve pour les donations; la donation faite sous la condition : si je vais à Paris, serait nulle, comme nous l'avons dit au titre des *Donations*.

57. Quand la condition est-elle purement potestative dans le sens de l'article 1174? quand la condition est-elle potestative dans le sens de l'article 1170? C'est une question de fait, puisqu'il s'agit d'interpréter les conventions des parties contractantes. Elle a donné lieu à bien des contestations, ceux qui sont intéressés à rompre les conventions, prétendant que la condition est purement potestative. Ces prétentions n'ont presque jamais été admises,

(1) Toullier, t. III, 2, p. 312, nos 494-495; Aubry et Rau, t. IV, p. 66, et notes 22 et 23 du § 302. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 375, note 16.

car il n'arrive presque jamais que les parties fassent une convention dont l'existence dépend du bon vouloir du débiteur, puisque ce serait une convention dérisoire.

La cour de cassation a décidé que la question de savoir s'il y a lien de droit entre les parties ne tombe pas sous son contrôle. Une compagnie de mines avait fait avec un marchand de houille un traité par lequel elle lui accordait la faculté de tenir l'entrepôt de ses charbons gras et maigres dans telle ville, pendant neuf années, moyennant un certain prix. On prétendit que la convention était nulle, parce que le marchand de houille n'était tenu de prendre livraison des marchandises que suivant sa volonté, ce qui constituait une condition potestative dans le sens de l'article 1174. Il fut jugé par la cour de Nîmes qu'il y avait obligation pour le vendeur de livrer les charbons et obligation pour l'acheteur de prendre livraison des charbons à livrer et d'en payer le prix; qu'il y avait donc lien réciproque et partant contrat. La cour de cassation décida que cette interprétation des conventions litigieuses était souveraine (1).

58. La jurisprudence offre un exemple d'un contrat annulé à raison d'une condition potestative. Un contrat intervient entre la compagnie d'assurances contre les procès, dite la *Justice*, et l'héritier d'une succession dont la liquidation annonçait de grandes difficultés. La compagnie se chargea de poursuivre les procès auxquels la liquidation pourrait donner lieu, moyennant une prime sur les sommes recouvrées. L'article 17 de la police contenait la clause suivante : « Si, par suite d'un examen plus approfondi des circonstances de l'affaire, *ou par tout autre motif dont la compagnie ne devra pas compte*, elle était d'avis de *ne pas entamer* ou de ne pas continuer la poursuite, elle sera libre en tout temps de le faire, en annulant de fait la présente police, c'est-à-dire en supportant personnellement tous les frais faits jusque-là et en renonçant au bénéfice de la prime convenue. » L'héritier se repent et demande la nullité de la convention comme

(1) Rejet, 2 juin 1856 (Dalloz, 1856, 1, 457).

contenant une condition potestative. Cette demande fut repoussée par le tribunal de commerce ; le jugement porte que la condition n'était pas purement potestative, puisque la compagnie s'obligeait à supporter les frais en cas de rupture. C'était une erreur. Sur l'appel, la convention fut annulée. La cour dit très-bien que la compagnie se réservait la faculté de ne pas même entamer l'affaire et sans devoir rendre compte de ses motifs, ce qui lui permettait de tenir le marché ou de ne pas le tenir ; c'était réellement s'obliger si elle le voulait ; donc il y avait condition purement potestative et, par suite, nullité du contrat (1).

59. Le débiteur reconnaît devoir une somme de 1,500 francs qu'il payera par à-compte ou en totalité, *si cela lui est jamais possible* ; le billet ajoute que « le créancier ne pourra jamais exercer contre lui des voies de force et de rigueur pour le contraindre à payer. » Cet engagement était-il nul en vertu de l'article 1174? Il a été jugé que la condition litigieuse n'était pas potestative. Le débiteur, dit très-bien la cour de Besançon, ne dit pas qu'il payera quand il le *voudra*, il dit qu'il payera quand il le *pourra* ; l'obligation n'était donc pas sous condition suspensive, elle était à terme indéfini. On objectait la réserve qui interdisait au créancier d'exercer des poursuites judiciaires ; la cour répond que l'obligation du créancier était corrélative à celle du débiteur et devait se combiner avec elle, c'est-à-dire que le créancier devait s'abstenir de toute mesure rigoureuse tant que le débiteur ne serait pas en état de se libérer. Donner un autre sens à l'engagement, c'était l'annuler, et on ne peut pas supposer que le créancier ait voulu se contenter d'une promesse dérisoire (2). Il a même été jugé que la condition stipulée par le débiteur de ne rembourser un capital qu'à sa volonté était valable ; l'obligation était certaine, il y avait engagement de rembourser, donc lien de droit ; la condition ne portait que sur le terme auquel le remboursement se ferait (3).

(1) Paris, 30 mai 1839 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1158).
(2) Besançon, 2 août 1864 (Dalloz, 1864, 2, 180).
(3) Paris, 8 décembre 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1155).

60. Il est stipulé dans une convention que l'employé d'une maison de commerce jouira annuellement, outre son traitement, d'une gratification raisonnable dont il laisse la fixation à la générosité de ses cocontractants, déclarant s'en remettre à leur bonne foi. Est-ce une obligation sous condition potestative? La cour de Lyon a jugé la négative et avec raison. En effet, la gratification n'était pas due à la volonté du patron, le montant même n'était pas abandonné à son appréciation arbitraire; car l'acte portait que la gratification serait *raisonnable,* seulement le débiteur pouvait y mettre plus ou moins de générosité. Le patron finit par offrir 50 francs, la cour en alloua 380 pour chaque année (1).

61. Un contrat de vente stipule que le prix sera payé à l'entrée en jouissance de l'acquéreur, « ce qui aura lieu à sa première réquisition. » On prétendit que l'entrée en jouissance étant abandonnée à la discrétion de l'acheteur, il en résultait une condition potestative qui annulait le contrat. La cour de Dijon admit ce système et décida que l'acte était frappé de nullité par l'article 1174. Cet arrêt fut cassé et il devait l'être. En effet, la convention ne donnait pas à l'acheteur le droit de reculer indéfiniment sa mise en jouissance et, par suite, l'existence même de la vente; tout ce qui en résultait, c'est que l'acheteur avait intérêt à ne pas entrer de suite en jouissance; mais dès que la raison pour laquelle il ne voulait pas exécuter immédiatement le contrat viendrait à cesser, il allait sans dire que la vente sortirait ses effets et que si l'acheteur ne réclamait pas sa mise en possession, le vendeur aurait le droit de le constituer en demeure et de demander que le tribunal fixât un délai dans lequel la vente recevrait son exécution. Les circonstances de la cause prouvaient que telle était l'intention des parties contractantes. Il s'agissait de la vente d'une portion de vigne; l'acheteur se proposait d'acheter d'autres vignes contiguës; la clause litigieuse avait pour objet de tenir la vente secrète jusqu'à ce que les acquisitions qui devaient la suivre eussent

(1) Lyon, 10 mars 1864 (Dalloz, 1864, 5, 255)

eu lieu, dans la crainte que la première ne rendît celles-ci plus difficiles et plus coûteuses. Il en résultait que la clause qu'on voulait faire passer pour une condition potestative était un simple terme non défini : en cas de contestation, il appartenait au tribunal de le limiter (1).

La décision, quoique juridique au fond, est mal rédigée. En effet, la cour considère l'article 1174 comme la conséquence et l'application de l'article 1170. L'erreur est évidente, comme nous venons de le dire (nos 55 et 56); d'après l'article 1170, la vente eût été valable, tandis que, d'après l'article 1174, elle eût été nulle. La cour pouvait-elle invoquer tout ensemble deux dispositions, dont l'une validait le contrat et dont l'autre l'annulait?

L'arrêt de la cour de cassation donne encore lieu à une autre remarque. Nous avons dit plus haut (n° 57) que la cour suprême avait posé en principe qu'il ne lui appartenait pas de contrôler les arrêts qui décidaient en fait qu'il y avait condition potestative. Et voici que la cour casse un arrêt qui avait annulé un contrat comme contenant une condition potestative. Est-ce que l'arrêt de 1846 est en opposition avec celui de 1856? Non; il appartient au juge de décider quelle est l'intention des parties contractantes; ces décisions ne tombent pas sous le contrôle de la cour de cassation. Mais quand les parties ont déclaré, comme dans l'espèce, quelle est leur intention et que le juge du fait donne à la clause un effet contraire à celui que la loi lui attribue, dans ce cas, il y a lieu à cassation : tel était le cas de l'arrêt rendu en 1846.

62. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans une espèce analogue. « Si, dit l'arrêt, il appartient au juge du fait de déterminer le sens des conventions et les intentions des parties en contractant, la cour de cassation est investie du droit d'examiner si la qualification donnée à ces conventions est conforme à la loi et n'en a pas dénaturé le caractère et les effets légaux. » C'est ce que la cour de Paris avait fait pour la vente d'un brevet. Il y avait concours de consentement sur la chose et sur le prix,

(1) Cassation, 9 novembre 1846 (Dalloz, 1847, 2, 34).

donc vente parfaite; la chose consistait dans une part des bénéfices qui devaient résulter d'une invention industrielle pour laquelle le vendeur avait obtenu un brevet. Le prix était de 8,000 francs. Il est vrai que le vendeur se réservait d'être seul juge de l'opportunité du moment où le procédé breveté devait être mis en œuvre; mais cette clause ne constituait pas une condition potestative excluant tout lien de droit, c'était un simple délai stipulé dans l'intérêt de l'entreprise. Ce délai n'était pas indéfini; d'une part, il avait pour limite extrême celle de la durée du brevet que le vendeur ne pouvait laisser périmer sans préjudice pour lui-même; d'autre part, le délai pouvait toujours être déterminé soit par la mise en demeure demandée pour juste cause et prononcée en justice, soit par le décès du vendeur, auquel seul ce délai était concédé, décès qui ouvrait contre les héritiers tous droits résultant de la convention (1).

L'arrêt de cassation ainsi que l'arrêt cassé invoquent aussi simultanément l'article 1170 et l'article 1174. Nous répétons que c'est une fausse interprétation de l'article 1170, lequel n'a rien de commun avec l'article 1174 (nos 55 et 56).

63. Dans une vente faite par adjudication publique, les vendeurs se réservent de ne pas agréer les offres. La clause était ainsi conçue : « Toute offre faite et annotée aura son effet au cas qu'il plaise aux vendeurs, et non autrement. » L'adjudicataire, mécontent de son acquisition, soutint que l'adjudication était nulle; il se fondait, entre autres arguments, sur la clause que nous venons de transcrire, clause qui, d'après lui, renfermait une condition potestative. Sa prétention fut repoussée par la cour de Bruxelles; la cour dit que la clause ne s'étendait pas à un temps indéfini, qu'elle était restreinte à la dernière séance qui devait se tenir pour consommer la vente. Il s'agissait donc d'une promesse de vente : le vendeur déclarait, en mettant sa chose en adjudication, qu'il se réservait d'agréer ou de refuser les offres jusqu'à l'expira-

(1) Cassation, 21 août 1850 (Dalloz, 1850, 1, 346).

tion d'un certain délai. Cela n'a rien de commun avec la condition potestative qui annule le contrat (1).

64. L'article 1174 déclare nulle l'*obligation* contractée sous une condition potestative de la part du débiteur. Est-ce à dire que le contrat tout entier soit nul? S'il est unilatéral, l'affirmative est évidente, puisqu'il n'y a plus de débiteur. Dans un contrat bilatéral, il y a deux débiteurs : celui qui s'est engagé sous condition potestative n'est pas lié, mais l'autre, qui s'est obligé purement et simplement, est lié. C'est dire que le contrat cesse d'être synallagmatique pour devenir unilatéral. Je vends ma maison à Pierre pour 50,000 francs, si Pierre déclare vouloir l'acheter. Pierre accepte mon offre sans s'obliger de son côté. Le contrat sera-t-il nul parce que Pierre ne sera obligé que s'il le veut? Non, il n'y a pas vente, puisqu'il n'y a pas d'acheteur; mais il y a une promesse de vente, c'est-à-dire un contrat unilatéral. Ce contrat est très-valable; nous en verrons les effets au titre de la *Vente*, c'est aussi là que nous examinerons les difficultés auxquelles la promesse de vente donne lieu.

65. Peut-on faire dépendre la résolution d'une obligation de la volonté de celui qui s'oblige (2)? L'affirmative est généralement enseignée et elle ne nous paraît pas douteuse. Pourquoi ne peut-on pas faire dépendre l'existence d'une obligation de la volonté de celui qui s'oblige? Parce que, dans ce cas, il n'y aurait pas de lien ni, par conséquent, d'obligation, car ce n'est pas s'obliger que d'être obligé si l'on veut. Il n'en est pas de même si le débiteur peut résoudre l'obligation, car la résolution n'empêche pas l'obligation d'exister. Ainsi la loi permet au vendeur de stipuler le rachat, c'est-à-dire la résolution de la vente à sa volonté; ce qui est une condition résolutoire potestative. On cite encore comme exemple le cas où il est stipulé dans un bail que le bailleur pourra mettre fin au bail quand il le voudra. L'exemple est mal choisi; le bailleur qui use de cette faculté ne résout pas le contrat,

(1) Bruxelles, 21 mai 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 76).
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 153, n° 94 *bis* IV, et tous les auteurs.

il y met fin par sa volonté; c'est donc un terme, et non une condition. Pour le terme, il ne saurait y avoir de doute, puisque le contrat produit tous ses effets jusqu'à ce que l'une des parties y mette fin. Il n'en est pas de même si l'une des parties a le droit de résoudre le contrat; le contrat résolu est censé n'avoir jamais existé; il dépend donc de la partie qui résout le contrat de faire que le contrat n'ait jamais existé; s'il dépend d'elle de détruire le lien qui l'oblige, peut-on dire qu'elle soit liée? L'objection ne tient pas compte de la différence qui existe entre la condition suspensive et la condition résolutoire. Si je dis : Je serai obligé si je veux, il dépend de moi d'empêcher l'obligation de se former; il n'y a donc aucune espèce de lien. Tandis que si je m'oblige, en stipulant le droit de résoudre l'obligation à ma volonté, je suis obligé, tant que je n'ai pas manifesté la volonté de résoudre l'obligation (1).

66. La jurisprudence est en ce sens. L'acheteur se réserve la faculté de restituer la chose contre remboursement du prix. Cette clause est-elle valable? L'affirmative a été jugée. On objectait que c'était le pacte de réméré stipulé au profit de l'acheteur, tandis que la loi ne le permet qu'au vendeur, et seulement pour un délai de cinq ans. La cour répond que cette stipulation est valable, parce que la loi ne la prohibe pas et qu'elle n'est pas contraire aux bonnes mœurs (2). Ce n'est pas répondre à l'objection, mais la réponse est facile. Le pacte de rachat est une condition résolutoire potestative. Si elle peut être stipulée par le vendeur, pourquoi ne pourrait-elle pas l'être par l'acheteur? Il est vrai que la loi limite la durée de la clause quand c'est le vendeur qui la stipule, et il y aurait eu même raison de limiter la clause résolutoire stipulée par l'acheteur, ainsi que toute clause résolutoire; la loi ne l'a pas fait, donc la liberté des parties contractantes reste illimitée.

(1) Toullier, t. III, 2, p. 312, n° 497. Demolombe, t. XXV, p. 313, n° 328. En sens contraire, Colmet de Santerre, t. V, p. 152, n° 94 *bis* III.

(2) Arrêt du 19 décembre 1849, de la cour provinciale de la Hollande méridionale (Dalloz, 1853, 5, 467).

La jurisprudence, de même que la doctrine, confond parfois le terme avec la condition. Il est dit dans un engagement théâtral que le directeur se réserve la faculté de résilier le contrat dans les deux mois, s'il le juge convenable. L'artiste soutint que cette condition était potestative et annulait le contrat. Que répond la cour? Que l'on peut stipuler la condition résolutoire dans un bail au profit du locateur ou du locataire, sans aucune réciprocité. Puis l'arrêt dit que dans le louage de services, tel que le contrat litigieux, il était d'usage de stipuler un temps d'essai, et que l'engagement ne devient définitif qu'après ce temps. La cour admet qu'il y aurait eu condition potestative si le directeur s'était réservé la faculté de résilier le contrat après le temps d'essai (1). Ces considérants sont ou inexacts ou à côté de la question. La faculté de résilier un bail n'est pas une condition résolutoire, puisque le contrat résilié n'est pas résolu, il produit ses effets jusqu'à la résiliation, et les effets ne sont pas résolus quand le bail est résilié : c'est un terme et non une condition. Pourquoi cette faculté illimitée de résiliation ne pourrait-elle pas être stipulée dans un louage de services aussi bien que dans un louage de choses? Ce ne serait jamais une condition potestative, puisque la prétendue condition n'est qu'un terme.

C'est ce que la cour de Lyon a jugé dans une espèce analogue. Le directeur avait stipulé qu'il pourrait rompre l'engagement à sa volonté pendant le premier mois. Il usa de ce droit. L'acteur prétendit que la condition était nulle comme purement potestative. Il a été jugé que la condition était valable. La cour dit que le contrat peut faire dépendre la durée du louage de la volonté de l'une des parties; ce n'est pas là une condition potestative affectant le lien même de l'engagement; en effet, le contrat n'en est pas moins obligatoire entre les parties pour tout le temps pendant lequel l'un ou l'autre des contractants ne l'a pas résilié (2).

(1) Rouen, 12 novembre 1852 (Dalloz, 1853, 2, 243).
(2) Lyon, 6 février 1857 (Dalloz, 1857, 2, 220).

N° 2. DES CONDITIONS POSITIVES ET NÉGATIVES.

67. Pothier établit cette division. « La condition positive, dit-il, est celle qui consiste dans le cas auquel quelque chose qui peut arriver ou ne pas arriver arrivera, comme celle-ci : « si je me marie. » La condition négative est celle qui consiste dans le cas auquel une chose qui peut arriver ou ne pas arriver n'arrivera pas, comme celle-ci : « si je ne me marie pas. »

Le code n'a pas reproduit cette classification, sans doute parce que ces conditions n'ont pas besoin d'être définies ; elles se comprennent d'elles-mêmes par leur dénomination. Nous en verrons une application dans les articles 1176 et 1177.

Il y a une autre division beaucoup plus importante, celle des conditions en suspensives et résolutoires. Le code en traite séparément, après avoir établi les principes généraux qui régissent les conditions. Nous suivrons l'ordre du code.

§ III. *De l'accomplissement des conditions.*

68. L'article 1175 pose le principe que « toute condition doit être accomplie de la manière dont les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût. » Pour comprendre le sens et la portée de cette disposition, il faut remonter à l'ancien droit. Les docteurs discutaient à perte de vue sur la manière dont les conditions doivent s'accomplir : faut-il s'en tenir aux termes dont les parties se sont servies? ou faut-il voir quelle a été leur intention? L'interprétation littérale comptait de nombreux partisans; ils disaient que les conditions doivent être accomplies *in forma specifica,* et ils entendaient par là qu'il faut, dans l'accomplissement des conditions, se conformer rigoureusement aux termes des actes qui les contiennent. C'est la loi que les contractants se sont prescrite; on doit donc consulter le contrat et suivre littéralement ce qu'il prescrit sur le temps, sur la manière, sur les circonstan-

ces de l'accomplissement de la condition. Il ne faut rien ajouter pour la rendre plus difficile, il ne faut non plus rien omettre ni retrancher de ce qui se trouve exprimé au contrat; l'accomplissement de la condition doit arriver précisément de la manière et dans la forme prescrites.

D'autres interprètes disaient que l'esprit doit l'emporter sur la lettre. Comme les langues sont imparfaites, disait-on, et que les rédacteurs des actes font rarement attention aux conséquences des expressions dont ils se servent, l'interprétation littérale des termes de la condition détruirait, au lieu de la suivre, la volonté des contractants. On en concluait que le principe que les conditions doivent être accomplies *in forma specifica* était sujet à beaucoup d'exceptions; ce qui occasionnait une foule de difficultés (1).

Les deux systèmes étaient trop absolus. On avait tort de vouloir résoudre *à priori* des difficultés de fait qui tiennent à l'intention des parties contractantes. Il n'y a donc d'autre règle générale à établir que la recherche de l'intention des parties. C'est ce que dit l'orateur du gouvernement (2). Reste à savoir comment on peut connaître cette intention. Il faut appliquer ce que nous avons dit sur l'interprétation des conventions (3). Quand la volonté des parties est clairement exprimée par l'écrit qu'elles dressent, il faut s'en tenir à la lettre du contrat. Il est toujours dangereux, dit Toullier, de s'écarter du sens naturel des termes d'un acte, car ce sont les termes qui expriment l'intention; quand les termes sont clairs, l'intention aussi est manifeste; s'écarter des termes pour rechercher l'intention, ce serait s'écarter de la volonté certaine pour une volonté plus ou moins incertaine; car, en dehors des termes d'un acte, il est toujours très-difficile de connaître l'intention des parties.

69. C'est d'après ce principe qu'il faut décider la question de savoir si la condition peut être remplie par équipollent. L'intention décidera, et l'intention se manifeste par les clauses du contrat. Lors donc que l'acte détermine

(1) Toullier, t. III, 2, p. 372, nos 586 et 587.
(2) Exposé des motifs, n° 64 (Locré, t. VI, p. 158).
(3) Voyez le tome XVI de mes *Principes*, p. 580, nos 502-505.

la manière, le temps, les circonstances de la condition, le juge ne pourra rien y changer, car les contrats sont des lois que le juge est appelé à exécuter et qu'il n'a pas le droit de modifier. On ne pourrait pas même invoquer le défaut d'intérêt; c'est aux parties à veiller à leurs intérêts, et quand elles l'ont fait, cette appréciation devient une loi que le juge doit respecter. Il en est surtout ainsi quand la condition est casuelle : la volonté des parties n'est pour rien dans l'accomplissement d'une condition qui dépend du hasard ou de la volonté d'un tiers; il n'y a donc pas à interpréter la volonté, la condition devra s'accomplir telle qu'elle a été prévue par les parties. Les conditions potestatives étant au pouvoir des parties laissent une place à la liberté humaine; il faut voir alors ce qu'elles ont voulu; le juge décidera en appliquant les principes qui régissent l'interprétation des contrats (1). Nous avons déjà dit que dans les legs on se contentait jadis de la bonne volonté de celui qui doit remplir la condition, tandis que l'on était plus sévère en matière de contrats. Cette différence n'existe plus : toute condition est sérieuse, et elle ne le serait pas si la bonne volonté suffisait pour qu'elle fût censée accomplie. Peu importe donc qu'il n'y ait aucune faute à reprocher à celui qui doit l'accomplir, peu importe encore qu'un cas fortuit ou une force majeure l'empêche d'exécuter la condition; toujours est-il que la condition n'est pas remplie, et partant il n'y a pas d'obligation. La faute et le cas fortuit sont pris en considération quand il s'agit de l'exécution de la convention; mais quand l'obligation est conditionnelle, on ne sait pas s'il y a une obligation, les parties n'ont voulu se lier que sous condition; donc elles ne sont pas liées si la condition n'est pas accomplie (2).

70. Pothier pose en principe que l'accomplissement des conditions est indivisible, quand même ce qui fait l'objet de la condition est quelque chose de divisible. Il donne cet exemple. Par une transaction, quelqu'un s'est

(1) Larombière, t. II, p. 92 et 95 (art. 475), n°s 2 et 7 (Ed. B., t. I, p. 355-356. Duranton, t. XI, p. 53, n° 48.
(2) Larombière, t. II, p. 105, article 1175, n° 23 (Ed. B., t. I, p. 359).

obligé de me laisser un héritage litigieux, sous la condition que je lui donne une somme de 10,000 francs. La condition a pour objet une chose divisible, néanmoins l'accomplissement de la condition est indivisible, en ce sens que l'obligation reste en suspens jusqu'à l'accomplissement total de la condition, sans que l'accomplissement partiel puisse faire naître l'obligation pour partie. Les auteurs modernes admettent cette solution, et ils l'appliquent au cas où celui qui doit remplir la condition vient à mourir laissant plusieurs héritiers ; il ne suffirait pas que l'un payât une partie de la somme pour avoir droit à une partie de l'héritage(1). Pourquoi la condition est-elle indivisible, alors que l'obligation, si elle était pure et simple, se diviserait, puisqu'elle a pour objet des choses divisibles, un héritage et une somme d'argent? La raison en est que la condition suspend l'existence de l'obligation : je ne suis lié que si la condition est accomplie; il faut donc qu'elle s'accomplisse telle que je l'ai stipulée; or, je ne me suis engagé que sous la condition du payement d'une somme de 10,000 francs; si cette somme ne m'est pas payée, la condition n'est pas remplie, et partant je ne suis pas obligé.

Ces décisions ne sont-elles pas trop absolues? La question de savoir si la condition peut être accomplie par partie est une question d'intention, comme tout ce qui concerne l'accomplissement des conditions. On ne peut donc rien décider *à priori*, pas plus pour l'indivisibilité que pour l'équipollence : ce sont des questions de fait. Seulement il est vrai que d'ordinaire l'intention des parties exclut l'équipollence et la divisibilité. En ce sens la doctrine de Pothier est exacte, mais au point de vue des principes il faut maintenir la règle formulée par l'article 1175 : le juge décidera si la condition ainsi que l'obligation peuvent se diviser.

71. Les conditions peuvent-elles s'accomplir utilement après la mort des parties contractantes? Il n'y a aucun

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 215. Demolombe, t. XXV, p. 320, nos 336 et 337.

doute quant aux conditions casuelles. Nous contractons pour nous et nos héritiers; le contrat conditionnel passe donc aux héritiers (art. 1179); c'est dire que la condition peut s'accomplir à l'égard des héritiers aussi bien qu'entre les parties qui ont formé le contrat. Il en est autrement dans les legs, ils deviennent caducs quand le légataire meurt avant l'accomplissement de la condition : le legs ne peut profiter qu'à celui que le testateur a voulu gratifier.

Ce principe s'applique-t-il aux conditions potestatives? Il faut distinguer. Lorsque la condition consiste dans un fait personnel à celui qui doit l'accomplir, il est certain qu'elle défaillit par sa mort. Mais si le fait peut être presté par l'héritier aussi bien que par son auteur, il n'y a pas de raison pour que la condition ne puisse s'accomplir par lui; on reste sous l'empire du principe général établi par l'article 1179. Ces décisions sont toutefois subordonnées à la règle fondamentale de l'article 1175 : quand les parties ont exprimé leur intention, il faut la suivre. Si donc il est certain qu'elles ont voulu que la condition fût accomplie par la personne désignée, et non par une autre, la condition sera personnelle et, par suite, elle ne pourrait pas s'accomplir par les héritiers, alors même que le fait serait de nature à pouvoir être presté par eux (1).

72. La condition peut-elle être accomplie par un tiers? Pothier donne cet exemple : « Je vous achète un héritage sous la condition que votre voisin se désistera d'un droit de servitude qu'il y prétendait. » La condition sera accomplie si le successeur du voisin donne son désistement. Il va sans dire que si, dans l'intention des parties, la condition doit être accomplie par celui à qui le contrat l'impose, un tiers ne pourra pas prester le fait. On applique ce que nous venons de dire des héritiers (2).

73. Dans quel temps la condition doit-elle être accomplie? D'après l'article 1176, il faut distinguer. « Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 208. Toullier, t. III, 2, p. 374, n°s 590-593.

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 207.

événement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé. » Le temps dans lequel, suivant le contrat, l'événement doit arriver fait partie de la condition; donc, pour que la condition soit accomplie, il faut que l'événement arrive dans le délai fixé. Si le délai s'écoule sans que l'événement soit arrivé, la condition ne peut plus se réaliser telle qu'elle avait été prévue; donc elle défaillit et, par suite, le contrat ne peut plus se former. Lorsque l'obligation est contractée sous la condition négative qu'un événement n'arrivera pas dans un temps fixe, cette condition est accomplie lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé (art. 1178). Quand même l'événement arriverait après l'expiration du délai fixé, cela n'empêcherait pas la condition d'être accomplie, car le terme est un élément essentiel de la condition; donc après l'expiration du terme, il ne peut plus s'agir de l'accomplissement du fait négatif. L'article 1178 ajoute que si, avant le terme, il est certain que l'événement n'arrivera pas, la condition est immédiatement accomplie, sans que l'on doive attendre que le terme soit expiré; la condition étant accomplie, il va sans dire qu'elle ne peut plus défaillir.

Les articles 1176 et 1177 décident que la condition est défaillie ou accomplie par le seul fait de l'expiration du terme fixé. On a prétendu qu'il fallait de plus une mise en demeure. C'est une erreur que la cour de cassation a condamnée (1). La mise en demeure suppose une obligation contractée que le débiteur ne remplit point dans le délai fixé; cela ne suffit pas pour le constituer en demeure; nous avons dit ailleurs pourquoi la fixation d'un terme ne suffit point pour qu'il y ait demeure. Autre est la question de savoir si une condition est accomplie ou défaillie, elle se décide par les clauses du contrat.

71. Que faut-il décider s'il n'y a pas de temps déterminé par le contrat? Le code distingue entre la condition affirmative et la condition négative. Lorsque l'obligation est contractée sous la condition qu'un événement arrivera,

(1) Rejet, 22 mai 1855 (Dalloz, 1856, 1, 171).

sans qu'il y ait un temps fixé, la condition peut toujours être accomplie, et elle n'est défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas (art. 1176). Si la condition est négative et qu'il n'y ait pas de temps déterminé, elle n'est accomplie que lorsqu'il est certain que l'événement n'arrivera point (art. 1177).

75. L'application de ces dispositions présente de graves inconvénients quand il s'agit d'un fait qu'il est au pouvoir du créancier ou du débiteur d'accomplir. Pothier prévoit la question; il apporte une restriction aux principes que le code lui a empruntés. J'ai promis à mon voisin de lui donner une somme de 1,000 francs s'il abat un arbre qui me nuit; en ce cas, je puis assigner celui envers qui je me suis obligé pour que le juge lui fixe un certain temps dans lequel il accomplira la condition et que, faute par lui de le faire, je serai déchargé de mon obligation. De même, si mon voisin s'est obligé de me donner 1,000 fr. s'il n'abat pas un arbre qui me gêne, celui qui s'est obligé sous cette condition peut être assigné pour voir dire que, faute par lui d'abattre l'arbre dans le délai qui lui sera fixé par le juge, il sera obligé de payer les mille francs. Pothier avoue que cette décision n'a pas paru sans difficulté aux jurisconsultes romains; il suit l'avis des Sabiniens, qui lui paraît plus conforme à l'esprit et à la simplicité du droit français (1).

Peut-on admettre ces restrictions sous l'empire du code civil? La question est controversée. L'équité, sans doute, plaide pour la doctrine de Pothier, mais l'équité ne permet pas de déroger à la loi. On le peut d'autant moins que les auteurs du code ont emprunté à Pothier la règle et qu'ils n'ont pas reproduit l'exception qu'il y faisait. Dira-t-on qu'elle résulte de l'intention des parties contractantes? Si elles ont exprimé cette intention, il n'y a plus de question; mais si elles ont gardé le silence, il ne peut s'agir que d'une volonté présumée; or, en matière de conditions, on ne peut pas admettre de présomptions. Vainement dit-on que le juge peut interpréter librement les

(1) Pothier, *Des obligations*, nos 209 et 211.

conventions des parties, puisqu'il n'est plus gêné par le formalisme romain de la stipulation. Nous répondons qu'il y a un plus grand obstacle qui l'arrête; il ne peut pas modifier les conditions, y ajouter ou en retrancher quoi que ce soit, car il est lié par la loi que les parties se sont faite. Les jurisconsultes romains, Pothier encore, pouvaient décider en équité, puisqu'ils n'étaient pas liés par un code de lois; aujourd'hui le juge ne peut plus ni déroger à la loi, ni déroger aux conventions des parties par des considérations d'équité, et c'est y déroger que d'y apporter des restrictions que les parties n'ont pas faites (1).

76. Aux termes de l'article 1178, « la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur obligé sous cette condition qui en a empêché l'accomplissement. » Quand les parties stipulent une condition, le créancier a un droit subordonné à l'arrivée d'un événement; cet événement peut arriver, il peut aussi ne pas arriver. La chance que le créancier a ne doit pas lui être enlevée par le débiteur, sinon son droit dépendrait du débiteur; c'est dire qu'il n'en aurait pas. Lors donc que par son fait le débiteur empêche l'accomplissement de la condition, il lèse le droit du créancier, il lui cause un dommage qu'il est tenu de réparer. En quoi consisteront ces dommages et intérêts? Ils devraient consister dans la réparation du dommage que le créancier éprouve par la perte de la chance qu'il avait; il eût donc fallu évaluer cette chance au moment où le créancier en est privé; cette appréciation serait extrêmement difficile; le législateur l'évalue lui-même, en décidant que ce sera le montant de l'obligation; la condition étant réputée accomplie, le créancier en pourra poursuivre l'exécution. Cette décision est très-favorable au créancier, elle assimile son droit incertain à un droit certain; elle est par cela même très-sévère pour le débiteur, c'est une espèce de peine; cependant la loi

(1) Toullier, t. III, 2, p. 391, nos 623-628; Larombière, t. II, p. 121, art. 1177, no 9 (Ed. B., t. I, p. 365). En sens contraire, Duvergier sur Toullier, t. III, 2, p. 392, note; Colmet de Santerre, t. V, p. 155, no 96 *bis* II.

n'exige pas même que le débiteur soit en faute, il suffit que par son *fait* il ait empêché l'accomplissement de la condition. Il nous semble que cela est trop rigoureux et que mieux eût valu maintenir les principes généraux sur les dommages-intérêts (1).

Pothier, auquel les auteurs du code ont emprunté le principe, semble exiger que le fait du débiteur constitue une certaine faute. Il suppose que c'est indirectement, et *sans dessein* d'en empêcher l'accomplissement, que le débiteur y a mis obstacle ; dans ce cas, il décide qu'on ne peut pas dire que c'est par le fait du débiteur que la condition n'a pas été accomplie. Par exemple, un testateur à qui j'ai succédé vous a légué une maison si, dans l'année de son décès, vous donnez au créancier de Pierre une certaine somme. Etant votre créancier, je saisis vos biens et je vous mets hors d'état de payer la somme et d'accomplir la condition sous laquelle vous êtes légataire. La saisie, dit Pothier, n'a pas été faite dans le dessein de vous empêcher d'accomplir la condition, je n'ai eu d'autre objet que d'exiger par une voie légitime ce que vous me deviez (2). C'est cette dernière raison qui, à notre avis, justifie la décision de Pothier. J'ai eu le droit d'exiger mon payement; or, celui qui fait ce qu'il a le droit de faire n'est pas tenu de réparer le dommage qu'il cause; et comme la disposition de l'article 1178 est au fond la réparation d'un dommage, il n'y a pas lieu de l'appliquer lorsque le fait du débiteur qui a empêché l'accomplissement de la condition est l'exercice d'un droit. Il suit de là que l'article 1178 n'est pas applicable quand le débiteur s'est obligé sous une condition potestative de sa part; il a le droit de ne pas accomplir le fait qui doit empêcher

(1) Comparez Larombière, t. II, p. 139, n° 2 de l'article 1178 (Ed. B., t. I, p. 372). Colmet de Santerre, t. V, p. 156, n° 97 *bis* I. Demolombe, t. XXV, p. 332, n° 349. Voyez des applications dans un arrêt de Bruxelles, du 8 avril 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 83), et dans un arrêt de cassation, du 6 août 1866 (Dalloz, 1866, 1, 373). Cette dernière décision est remarquable : la cour casse, quoique l'arrêt attaqué ait constaté que le débiteur n'avait pas empêché l'accomplissement de la condition par son *mauvais vouloir*. Mais il était prouvé par l'arrêt même qu'il l'avait empêché par son *fait*; or, la loi n'exige pas le *mauvais vouloir* du débiteur.

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 212.

l'arrivée de la condition; dès lors il ne peut pas être tenu des conséquences de son fait (1).

L'article 1178 soulève encore une difficulté de preuve. Il est établi que le débiteur a empêché l'accomplissement de la condition. Faut-il de plus que le créancier prouve que la condition se serait accomplie sans l'obstacle qu'y a mis le débiteur? La négative est certaine : on ne peut pas imposer au créancier une preuve que la loi ne demande pas (2). Mais le débiteur serait admis à prouver que la condition ne se serait pas accomplie alors même qu'il n'y aurait pas mis obstacle. Dans ce cas, son fait ne cause aucun dommage au créancier; celui-ci n'a réellement aucun droit, puisque la condition serait défaillie; donc il ne peut être question de l'indemniser de la perte de son droit.

77. La condition sera-t-elle réputée accomplie si l'accomplissement est empêché par une force majeure ou, ce qui revient au même, par le fait d'un tiers? Non, la loi ne le dit pas, et cela ne résulte pas des principes. Le hasard joue un rôle dans les conditions, puisque l'incertitude est de leur essence, il profite tantôt à l'un, tantôt à l'autre; si la condition ne s'accomplit pas, le débiteur est libéré par le hasard, il est donc impossible que le créancier se prévale d'un cas fortuit qui fait qu'il n'y a point de dette. Telle est aussi la tradition (3); la chose est si évidente que nous croyons inutile d'insister.

§ III. *Rétroactivité des conditions.*

78. « La condition accomplie a son effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté » (art. 1179). Pourquoi et en quel sens la condition rétroagit-elle? Quand la condition est résolutoire, la volonté des parties est que leurs engagements soient résolus si la condition s'accom-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 157, n° 97 *bis* II; Demolombe, t. XXV, p. 332, n° 350.

(2) Larombière, t. II, p. 144, n° 10 de l'article 1178 (Ed. B., t. I, p. 373). Aubry et Rau, t. IV, p. 70, note 38 du § 302.

(3) Pothier, *Des obligations*, n° 213 et 214. Aubry et Rau, t. IV, p. 69, et note 38 du § 302.

plit, et leur volonté fait loi; or, la résolution implique que le contrat est censé n'avoir jamais été formé. La rétroactivité se fonde donc, en ce cas, sur l'intention des parties contractantes. Il en doit être de même de la condition suspensive, car la condition est un élément de la convention, et tout ce qui concerne les effets des contrats dépend de la volonté des parties contractantes. Pour la condition suspensive, il y a cependant une difficulté de principe, elle suspend l'existence de l'obligation ; c'est ce que dit l'article 1168 : l'obligation est suspendue jusqu'à ce que l'événement arrive. Donc l'obligation ne se forme que lorsque la condition s'accomplit; et si elle ne se forme qu'à ce moment, pourquoi rétroagit-elle? La raison en est que, d'après les principes comme d'après l'intention des parties contractantes, la convention doit avoir effet du moment où les parties consentent; or, elles consentent lorsque la convention est contractée, et non lorsque la condition s'accomplit. C'est en ce sens que l'orateur du gouvernement dit : « Un contrat, pour être subordonné à une condition, n'en est pas moins un engagement dont la condition n'est qu'une modification. Il est donc juste que son effet remonte au jour où il a été contracté lorsque la condition a été accomplie (1). » Il faut ajouter qu'il n'est pas exact de dire que le contrat ne se forme que lorsque la condition s'accomplit. Nous reviendrons sur ce point (n° 87).

79. Puisque la condition suspensive rétroagit au jour du contrat quand elle s'accomplit, il s'ensuit que le contrat existe avec tous ses effets du jour où l'engagement a été contracté, et non du jour auquel la condition s'accomplit. Donc dès que la condition se réalise, l'obligation produit tous ses effets, comme si elle était pure et simple, à partir du moment où elle a été contractée.

La condition résolutoire, quand elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation et remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Ce sont les termes de l'article 1183.

(1) Exposé des motifs, n° 65 (Locré, t. VI, p. 153).

Il reste à déduire les conséquences de ces principes. Ici les difficultés abondent. Le législateur a négligé de régler cette matière; nous croyons que, dans le silence de la loi, il faut s'en tenir strictement au principe de la rétroactivité, tel que nous venons de le formuler; il y a des textes, le législateur a parlé, dès lors l'interprète est lié, il ne lui est pas permis de déroger à la loi.

80. Il n'y a aucune difficulté en ce qui concerne la transmission de la propriété et les actes de disposition que peuvent faire le créancier et le débiteur conditionnels pendant que la condition est en suspens.

Si la condition est suspensive, l'obligation est suspendue, dit l'article 1168; donc si le contrat est translatif de propriété, la propriété ne sera pas transférée, la chose continuera à être la propriété du débiteur conditionnel et, par conséquent, il a le droit de faire des actes de disposition comme s'il n'y avait point de contrat. Que deviennent ces actes lorsque la condition s'accomplit? Elle a un effet rétroactif au jour du contrat; donc dès ce jour le créancier est devenu propriétaire et le débiteur a cessé de l'être; la conséquence en est que les actes de disposition ont été faits par celui qui n'avait pas le droit de les faire, puisqu'il n'était plus propriétaire, partant les aliénations et les concessions de droits réels tomberont (1).

Nous disons que le débiteur conditionnel reste propriétaire pendant que la condition est en suspens. Mais le créancier a aussi un droit sur la chose, droit suspendu par une condition, mais qui deviendra pur et simple et existera du jour du contrat, si la condition s'accomplit. Le créancier, étant propriétaire conditionnel, doit avoir le droit de faire les actes de propriété sous la même condition, c'est-à-dire que les droits qu'il confère seront affectés de la condition qui affecte son propre droit. L'article 1125 le dit de l'hypothèque : celui qui a sur un immeuble un droit suspendu par une condition peut consentir une hypothèque soumise à la même condition. Ce que la loi dit de

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 71. Larombière, t. II, p. 195, nos 6-8 de l'article 1181 (Ed. B., t. I, p. 393).

l'hypothèque s'applique, par identité de raison, à tous les droits réels, notamment à la propriété, le plus considérable de tous. Que deviennent ces actes de disposition? Ils seront valables si la condition s'accomplit; puisque la condition a un effet rétroactif, c'est le créancier conditionnel qui sera propriétaire à partir du jour où le contrat a été fait; c'est donc lui qui a le droit de disposer de la chose, et les actes qu'il fera seront pleinement valables.

Nous arrivons à un résultat qui paraît singulier à ceux qui ignorent le droit, c'est que le créancier et le débiteur conditionnels ont l'un et l'autre le droit de disposer de la chose. Il y a deux propriétaires, l'un et l'autre conditionnels; l'événement décidera qui a été propriétaire depuis le contrat et, par suite, quels sont les actes de disposition qui seront valables et quels sont ceux qui tomberont. La rétroactivité a donc effet à l'égard des tiers. Il faut y ajouter une restriction résultant de notre nouvelle loi hypothécaire. Les actes translatifs de droits réels immobiliers n'existent à l'égard des tiers que du jour où ils ont été transcrits. Nous reviendrons sur cette matière au titre des *Hypothèques* (1).

81. Les mêmes principes s'appliquent à la condition résolutoire. Le créancier a un droit pur et simple, mais sujet à résolution, donc un droit de propriété résoluble s'il s'agit d'un contrat translatif de propriété. Il peut disposer de la chose, mais les actes de disposition qu'il fera seront sujets à la même résolution que son droit de propriété. L'article 2125 le dit de l'hypothèque, et le même principe s'applique, par identité de raison, à la concession de toute espèce de droits réels. Si donc la condition résolutoire s'accomplit, la propriété du créancier sera résolue, ainsi que les droits par lui concédés à des tiers, car ces droits ont été concédés par une personne qui n'a jamais été propriétaire, l'accomplissement de la condition ayant pour effet de révoquer le contrat et de remettre les choses au même état que s'il n'y avait jamais eu de transmission de propriété.

(1) Larombière, t. II, p. 229, n° 16 de l'article 1183 (Ed. B., t. I, p. 406). Colmet de Santerre, t. V, p. 162, n° 100 *bis* III.

Celui qui a vendu la chose sous condition résolutoire conserve-t-il un droit sur la chose? Il recouvrera la propriété comme s'il n'avait jamais cessé d'être propriétaire, si la condition résolutoire s'accomplit; il a donc un droit sur la chose subordonné à l'arrivée de cette condition; c'est dire qu'il conserve la propriété sous condition suspensive et, par conséquent, il pourra disposer de la chose sous cette condition. Les actes de disposition qu'il fera seront pleinement valables si la condition résolutoire s'accomplit; par suite de la rétroactivité de la condition, le propriétaire qui avait aliéné n'a jamais cessé d'être propriétaire, il a donc pu valablement faire des actes de disposition.

Ainsi, en cas de condition résolutoire, nous trouvons de nouveau deux propriétaires, l'un sous condition suspensive, l'autre sous condition résolutoire, ayant chacun le droit de faire des actes affectés de la condition qui est attachée à son droit. C'est l'événement de la condition qui décidera lesquels seront maintenus.

82. Faut-il appliquer aux actes d'administration ce que nous venons de dire des actes de disposition? Si l'on s'en tient à la rigueur des principes, l'affirmative n'est point douteuse. L'article 1178 établit le principe de la rétroactivité en termes généraux et absolus, sans distinguer entre les actes de propriété et les actes d'administration; la loi ne prévoit pas les conséquences qui découlent du principe. Cela est décisif; là où la loi ne distingue pas, il n'est pas permis à l'interprète de distinguer; et quand la loi pose un principe général, il faut en accepter toutes les conséquences; admettre les unes et ne pas admettre les autres, c'est faire une exception à la loi. Faut-il demander si l'interprète a ce pouvoir? Ce serait lui donner le pouvoir de faire la loi, alors que sa mission se borne à l'interpréter et à l'appliquer.

Notre avis est donc que si la condition suspensive s'accomplit, les actes d'administration faits par le débiteur conditionnel tombent aussi bien que les actes de disposition qu'il aurait faits. Ainsi le créancier conditionnel ne sera pas tenu de respecter les baux que le débiteur a con-

sentis. L'opinion contraire est généralement suivie. Nous allons examiner les raisons sur lesquelles elle se fonde.

La rétroactivité, dit-on, est une fiction qui peut bien produire des effets juridiques, mais qui ne saurait effacer le fait de la possession. Pendant que la condition est en suspens, le débiteur possède, il fait comme possesseur des actes d'administration; ces actes doivent être maintenus, puisque la possession n'est pas effacée. Nous répondons qu'il s'agit d'une question de droit. Et d'abord où est-il dit que la rétroactivité soit une fiction? Quoi! la condition rétroagit parce que telle est la volonté des parties contractantes, elle rétroagit parce que l'essence du contrat le veut ainsi, et on dira que tout cela est une fiction! La condition suspensive rétroagit, ce qui signifie que le créancier a cessé d'être propriétaire depuis le contrat; donc depuis ce moment il est sans titre et sans droit aucun pour faire un acte d'administration quelconque; le fait de la détention ne lui donne aucun droit et, en réalité, ce n'est pas comme détenteur qu'il agit, c'est comme propriétaire. Eh bien, par suite de la rétroactivité de la condition, il a cessé d'être propriétaire, donc il n'a pas eu le pouvoir de faire des actes d'administration et, par suite, ces actes tombent.

Maintenir les actes d'administration alors que les actes de propriété sont effacés, c'est faire une exception au principe de la rétroactivité. Où cette exception est-elle écrite? On répond que la *possession* étant maintenue, on doit considérer comme maintenues les conséquences naturelles et raisonnables qui en dérivent et que la loi, dès lors, conformément à l'intention *vraisemblable* des parties, doit être *présumée* avoir *exceptées* de la rétroactivité qu'elle décrète. Nous nions d'abord que le débiteur conditionnel ait eu la possession lorsque la condition s'accomplit et vient anéantir ses droits; il aura possédé pour le créancier conditionnel; le fait que l'on invoque n'est donc qu'une simple détention; est-ce que la détention donne le droit de faire des actes d'administration? On invoque l'intention *vraisemblable* des parties. C'est oublier que la rétroactivité se fonde aussi sur l'intention des par-

ties contractantes; en stipulant une condition, elles stipulent la rétroactivité; la rétroactivité, avec tous ses effets, est donc écrite au contrat de la main des parties : que vient-on se prévaloir d'une volonté *vraisemblable* contre une volonté *certaine?* C'est dire que les parties écrivent dans leur contrat la règle de la rétroactivité et qu'elles y dérogent. Cette dérogation ne serait admissible que si les parties s'étaient expliquées formellement; il n'y a pas d'exception tacite. C'est une vraie hérésie juridique que de parler d'une *exception présumée* que le législateur aurait admise d'après la *volonté vraisemblable* des parties.

On prétend que le législateur a parlé; l'article 1673 consacre la distinction que les auteurs font entre les actes de disposition et les actes d'administration; la loi efface les uns et elle maintient les autres; ce qu'elle dit du pacte de rachat doit être étendu par identité de raison à toutes les conditions. La force des choses le veut ainsi : il faut bien que quelqu'un ait le pouvoir d'administrer; et qui aurait ce pouvoir, sinon celui qui est possesseur (1)? Notre réponse, au point de vue des principes, est facile et péremptoire. Que l'article 1178 embrasse dans sa généralité les actes d'administration aussi bien que les actes de disposition, cela nous paraît incontestable; l'article 1673 déroge donc à la règle générale; s'il n'était pas une exception, il serait inutile; la règle étant que les actes d'administration restent valables, pourquoi la loi l'aurait-elle dit dans un cas particulier? La disposition ne se conçoit donc que comme exception et, à ce titre, elle est de la plus stricte interprétation. Vainement dit-on que l'exception est une nécessité qu'il faut admettre sous peine de rendre l'administration impossible. Sans doute, le législateur aurait dû régler cette matière, mais de ce qu'il a négligé de le faire, conclura-t-on que l'interprète peut combler la lacune en faisant la loi? Est-il bien vrai, après tout, qu'il y ait nécessité d'admettre l'exception si l'on en

(1) Demolombe, t. XXV, p. 380, n° 398. Aubry et Rau, t. IV, p. 72, note 47 du § 302.

veut rendre l'administration impossible? Il y a, dans l'espèce, deux propriétaires en présence (n° 80); quoi de plus naturel que d'exiger qu'ils agissent de commun accord quand il faut faire un acte d'administration? Les principes l'exigent et l'équité est d'accord avec la rigueur du droit. Je vends aujourd'hui un immeuble sous condition suspensive; demain je le donne à bail pour vingt-sept ans; la condition s'accomplit : est-ce que l'acheteur sera tenu de respecter un bail qui le privera pendant toute sa vie de la jouissance du bien qu'il a voulu avoir en achetant l'immeuble? Nous demanderons si ce résultat est en harmonie avec la volonté probable des parties contractantes. Dira-t-on qu'en cas de dol l'acheteur pourra demander la nullité de l'acte? Cela même est douteux; si le vendeur a le droit de louer, pourra-t-on lui dire qu'il agit par dol quand il fait ce qu'il a droit et intérêt à faire? D'ailleurs il peut être de bonne foi, et dans ce cas, l'acheteur devra subir un bail qui lui causera le plus grand préjudice.

83. Nous appliquons les mêmes principes au cas où le contrat est fait sous condition résolutoire. L'acheteur est propriétaire; comme tel il fait des actes d'administration. Si la condition s'accomplit, ces actes resteront-ils valables et le vendeur sera-t-il tenu de les respecter? Non, car par l'effet de la rétroactivité, l'acheteur n'a jamais été propriétaire, les choses sont remises au même état que si la vente n'avait pas existé. Donc ce n'est pas l'acheteur qui a eu le droit de consentir des baux, c'est le vendeur. Comment le vendeur, qui seul a eu le droit d'administrer, serait-il lié par des actes que fait l'acheteur, alors que celui-ci n'avait pas le droit d'administrer?

L'opinion contraire est généralement suivie. On dit que le vendeur, bien qu'après l'accomplissement de la condition il soit censé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire, n'en a pas moins, en fait, laissé volontairement la possession et la gestion de sa chose entre les mains de l'acheteur; on en conclut que celui-ci est un mandataire autorisé à faire les actes d'administration, notamment les baux, sans lesquels les immeubles inoccupés ou incultes

subiraient forcément des détériorations (1). Toute cette argumentation porte à faux. Il n'est pas exact de dire que le vendeur laisse à l'acheteur la possession et la gestion des biens vendus ; il n'a rien à lui laisser, puisque l'acheteur devient propriétaire et a le droit, non-seulement d'administrer la chose, mais aussi de l'aliéner. Conçoit-on que celui qui abdique la propriété donne mandat d'administrer à celui qui devient propriétaire? Sans doute, si la condition résolutoire s'accomplit, l'acheteur sera réputé n'avoir jamais été propriétaire; dira-t-on que c'est en vue de cette éventualité que le vendeur lui donne mandat? C'est dire que le vendeur consent à ce que l'acheteur fasse les actes nécessaires. N'est-il pas plus simple de le faire intervenir dans le bail que l'acheteur veut faire afin qu'il y consente réellement, au lieu d'imaginer un mandat auquel il ne songe pas? On invoque l'article 1673, dont on prétend faire une règle générale. Nous avons déjà répondu à l'objection (n° 82); la règle est dans l'article 1178 et l'article 1183 la reproduit dans les termes les plus énergiques, en disant que la condition résolutoire remet les choses dans le même état que si la vente n'avait pas existé. Donc le bail consenti par l'acheteur devrait tomber; si l'article 1673 le maintient, c'est par exception ; est-ce que l'on peut transformer une exception en règle générale?

La jurisprudence est conforme à la doctrine; les arrêts ne discutent pas la question, on dirait qu'il s'agit d'un axiome. Il est de principe, dit la cour de Liége, que l'accomplissement de la condition résolutoire n'annule que les actes de propriété et ne porte aucune atteinte aux actes d'administration faits sans fraude (2). Où ce principe est-il écrit? C'est affirmer, ce n'est pas prouver.

84. Que faut-il décider des fruits perçus par le débiteur conditionnel pendant que la condition suspensive est en suspens, si la condition vient à s'accomplir? Doit-il les restituer au créancier? Cette question est très-controversée. Dans notre opinion sur la rétroactivité, la solu-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 168, n° 102 *bis* III.
(2) Voyez les arrêts cités par Aubry et Rau, t. IV, p. 31, note 75, § 302. Il faut ajouter Liége, 20 décembre 1851 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 364).

tion n'est pas douteuse. L'article 547 pose le principe que les fruits appartiennent au propriétaire par droit d'accession. La loi admet des exceptions à ce principe, d'abord en faveur du possesseur de bonne foi (art. 550), puis en faveur de l'héritier saisi en concours avec des légataires (art. 1005). Ces exceptions confirment la règle. Il faut donc admettre comme principe incontestable que dans tous les cas où la loi n'attribue pas les fruits à un autre qu'au propriétaire, ils appartiennent à celui-ci. Cela décide notre question. Le vendeur conditionnel, quand la condition se réalise, cesse d'être propriétaire du moment de la vente; l'acheteur étant propriétaire dès cet instant par suite de la rétroactivité de la condition, les fruits lui appartiennent; il n'y a pas d'exception qui enlève les fruits à l'acheteur qui est propriétaire pour les donner au vendeur qui ne l'est pas. Donc il y a lieu d'appliquer l'article 547 : les fruits appartiennent au propriétaire, c'est-à-dire à l'acheteur (1).

Nous allons examiner les arguments que l'on fait valoir en faveur de l'opinion contraire. On a donné quelques mauvaises raisons qui ont fini par être abandonnées; nous les signalons parce qu'elles tiennent à des erreurs assez répandues. Le vendeur, dit-on, possède comme propriétaire, donc comme possesseur de bonne foi; sa propriété est effacée par l'arrivée de la condition, mais la possession, qui est de fait, ne saurait être effacée; il gagne donc les fruits comme possesseur de bonne foi en vertu de l'article 550 (2). Nous avons répondu d'avance à cet argument, en expliquant l'article 550. D'autres invoquent le troisième alinéa de l'article 1182 : le vendeur, disent-ils, supporte les détériorations occasionnées par les cas fortuits, donc il doit aussi avoir les émoluments de la chose (3). Raison doublement mauvaise; l'article 1182, comme nous le dirons plus loin, déroge précisément à la règle qui

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 75, note 62. Larombière, t. II, p. 200, nº 14 de l'article 1181 (Ed. B., t. I, p. 395).

(2) Toullier, t. III, 2, p. 339, nos 541 et 545. Troplong, *de la Vente*, t. V, nº 60.

(3) Duranton, t. XI, p. 94, nº 82.

veut que les avantages suivent les pertes; d'ailleurs, cette disposition tout à fait anomale ne peut être étendue.

Nous arrivons au seul argument qui ait quelque valeur. Il ne faut pas, dit-on, exagérer les conséquences de la rétroactivité : c'est une fiction, et une fiction ne peut pas produire tous les effets de la réalité. Nous arrêtons l'argumentation à son point de départ, il est faux; la rétroactivité n'est pas une fiction, c'est une loi du contrat que le code consacre comme un principe; le droit, pour mieux dire, le devoir de l'interprète est de l'appliquer dans toutes ses conséquences. Or, il y a une de ces conséquences qui est écrite dans la loi : l'acheteur est propriétaire en vertu de la rétroactivité (art. 1179), donc les fruits lui appartiennent (art. 547).

On objecte que s'il s'agit d'une chose qui ne produit pas de fruits, le vendeur sous condition suspensive continue à en user, il en a la jouissance sans devoir la payer. Si l'objet dû est une somme d'argent, il n'en doit pas les intérêts, car les intérêts ne courent qu'en vertu d'une demande quand ils n'ont pas été stipulés. Pourquoi devrait-il compte des fruits? Où est la raison de la différence entre le débiteur d'une somme d'argent et le débiteur d'un champ? Notre réponse se trouve dans l'article 547 qui est formel. Il en résultera sans doute des inconséquences, puisque le débiteur jouira ou ne jouira pas de la chose, selon qu'elle ne portera pas de fruits ou qu'elle en portera. L'interprète n'est pas responsable de ces inconséquences, et il ne lui appartient pas de les corriger (1).

M. Demolombe ajoute des arguments qui ne font qu'affaiblir la cause qu'il défend (2). C'est un fait ineffaçable, dit-il, que le débiteur a la possession et la jouissance pendant que la condition était en suspens; on doit considérer aussi comme ineffaçables les conséquences que ce fait a produites : telle est la perception des fruits. Il y a dans cette argumentation une étrange confusion du fait et du droit. Le débiteur perçoit les fruits, voilà le fait qu'aucune

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 158, n° 98 *bis* II.
(2) Demolombe, t. XXV, p. 382, n° 400. Dans le même sens, Valette (Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 540).

puissance humaine ne peut effacer; personne ne songe à le nier. A qui appartiennent ces fruits? Voilà une question de droit, puisque la loi y répond, dans l'article 547, en les attribuant au propriétaire et, s'il y a lieu, au possesseur. Il faut donc laisser là le fait et décider la question en droit d'après les textes. M. Demolombe invoque les articles 856, 928, 958, 962, 1652 et 1682. Nous avons donné le motif de la dérogation au principe de l'article 547 que le code consacre en matière de donations; nous reviendrons sur les dispositions qui concernent la vente. La question est de savoir si ces articles établissent un principe ou s'ils dérogent à un principe; l'article 547 contient la réponse à la question. Les dispositions que l'on invoque sont des exceptions à l'article 547, donc de stricte interprétation; cela est décisif.

85. La condition résolutoire, quand elle s'accomplit, remet les choses au même état que si le contrat n'avait pas existé. Or, si le contrat n'avait pas existé, les fruits auraient appartenu au vendeur qui a aliéné la chose sous condition résolutoire. Donc, d'après le texte de l'article 1183, l'acheteur doit restituer les fruits qu'il a perçus (1).

Que dit-on pour l'opinion contraire? On objecte le fait de la perception, fait que la rétroactivité de la condition n'efface point. Nous avons déjà répondu à l'objection en traitant de la condition suspensive (n° 84). Chose singulière! les éditeurs de Zachariæ, qui repoussent l'autorité du fait dans la condition suspensive, l'admettent dans la condition résolutoire. La contradiction, quoi qu'ils en disent, nous paraît évidente. Le vendeur sous condition suspensive, dit-on, ne peut invoquer la convention intervenue entre lui et l'acquéreur, comme l'autorisant à percevoir les fruits; car par la convention il s'est dépouillé de tous ses droits de propriété pour le cas où la condition viendrait à s'accomplir; c'est donc sans titre aucun qu'il aura perçu les fruits quand la condition se réalise. N'en

(1) Larombière, t. II, p. 260, n° 45 de l'article 1183 (Ed. B., t. I, p. 417), et les autorités citées par Aubry et Rau, t. IV, p. 81, note 76 du § 302.

est-il pas de même de l'acquéreur sous condition résolutoire? Non, disent MM. Aubry et Rau, il perçoit les fruits en vertu du titre que lui a concédé le vendeur, et la résolution du titre laisse subsister les faits régulièrement accomplis dans le temps intermédiaire, lorsqu'ils sont compatibles avec la rétroactivité *restreinte* que l'article 1183 attache à l'accomplissement de la condition résolutoire. Cette distinction est contraire au texte et aux principes. En quoi la rétroactivité de la condition résolutoire est-elle plus *restreinte* que celle de la condition suspensive? L'article 1178 ne distingue pas entre les deux conditions et l'article 1183 est aussi absolu que possible. « La condition résolutoire remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. » Comment peut-on soutenir, en présence d'un texte aussi formel, que l'acquéreur sous condition résolutoire perçoit les fruits en vertu d'un titre qu'il peut opposer au vendeur, même après la résolution de ce titre, alors que le titre résolu est censé n'avoir jamais existé? MM. Massé et Vergé nient que la rétroactivité efface le droit de l'acquéreur. C'est nier l'article 1183 et le retrancher du code (1). Quoi! la loi dit que l'accomplissement de la condition résolutoire anéantit le titre comme s'il n'avait jamais existé, et l'on prétend que ce titre a donné un droit à l'acquéreur! Un droit peut-il dériver du néant?

On cite encore les articles 856, 928, 957 et 960 qui, dit-on, ont consacré le principe établi par le droit romain et qui fournissent, les uns un argument d'analogie, les autres un argument *à fortiori*, pour les hypothèses qui n'y sont pas prévues. On voit que c'est l'autorité du droit romain qui a entraîné les éditeurs de Zachariæ. Si les auteurs du code avaient entendu faire une exception générale au principe de la rétroactivité, en ce qui concerne les effets de la condition résolutoire, ils auraient mentionné cette exception à l'article 1183, au lieu de formuler les effets de la résolution de la manière la plus absolue.

(1) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 381, note 4. Massé, *Droit commercial*, t. III, p. 342, nº 1801.

Les articles que l'on invoque étant des dispositions exceptionnelles ne peuvent être étendus, ni par voie d'analogie, ni par argumentation *à fortiori*. Il n'y a qu'une dérogation qui soit admissible, celle qui résulte de la volonté des parties contractantes; mais comme il s'agit de déroger à une règle générale, cette volonté devrait être expresse.

86. Il y a une opinion très-répandue qui admet une exception à la rétroactivité pour la condition potestative, lorsqu'elle est stipulée au profit du débiteur. Voici l'exemple que donne Toullier, grand partisan de cette doctrine. Le 1er janvier 1873, je vends ma maison à Jean sous cette condition : si dans un an je vais habiter Paris. Le 1er mars suivant, je vends ou j'hypothèque ma maison à Paul. Puis, le 1er juillet, je vais habiter Paris, c'est-à-dire que j'accomplis la condition sous laquelle j'avais vendu la maison à Pierre. La condition rétroagira-t-elle? En ce cas, la première vente existera à partir du 1er janvier et, par suite, la seconde tombera, puisque, par l'effet de la rétroactivité, je n'étais plus propriétaire au moment où je l'ai faite. A notre avis, la rétroactivité n'est point douteuse. Elle est écrite dans le texte général, absolu de l'article 1179. Cet article dit que la *condition* accomplie a un effet rétroactif, et l'article 1170 place la condition potestative parmi les conditions dont une obligation peut être affectée; donc, en disant que la condition accomplie rétroagit, l'article 1179 dit virtuellement que la condition potestative a un effet rétroactif. Dire qu'elle ne rétroagit point, alors que la loi dispose que la condition, en général, rétroagit, c'est faire une exception à la loi; il faudrait pour cela une disposition expresse; or, il n'y a ni exception formelle ni exception implicite dans le code, pas même une disposition d'où l'on puisse tirer un argument par analogie. Donc on doit appliquer les principes qui régissent l'interprétation des lois : là où la loi ne distingue pas il n'est pas permis à l'interprète de distinguer; il lui est encore moins permis de faire une exception à une règle générale consacrée par le code, car ce serait faire la loi.

On invoque la tradition, le droit romain et ses inter-

prêtes les plus autorisés, Cujas, Voet; on invoque nos anciens jurisconsultes. Ces témoignages prouvent contre ceux qui les allèguent. L'ancien droit est abrogé, il ne peut servir qu'à expliquer la législation nouvelle, il ne peut pas y déroger. Puisque les auteurs du code civil, on le suppose, connaissaient la doctrine traditionnelle, puisqu'ils l'avaient sous les yeux en écrivant l'article 1179, ils auraient dû rappeler l'exception en même temps qu'ils consacraient la règle; or, de l'exception ils ne disent pas un mot et ils formulent la règle dans les termes les plus absolus. La tradition, dans cet état de choses, ne peut qu'induire en erreur. Fût-elle fondée sur les vrais principes, il faudrait encore la rejeter, parce que les auteurs du code l'ont rejetée implicitement. Il y a plus; les motifs que donnent les anciens interprètes sont tels, qu'il est impossible de maintenir leur opinion sans se mettre en opposition avec le texte du code. Basnage, un des auteurs que l'on cite, dit que la condition « si je vais à Paris » équivaut à la condition « si je veux; » d'où il conclut que l'obligation contractée sous une condition pareille est nulle, ce qui permet au vendeur qui a traité sous cette condition de vendre la chose à un second acquéreur, le premier n'ayant acquis aucun droit en vertu d'un contrat qui dépend de la volonté du vendeur. Troplong reproduit cette argumentation, sans s'apercevoir que c'est une confusion évidente de la condition purement potestative de l'article 1174 et de la condition potestative de l'article 1170. Sans doute, si la première vente était faite sous la condition « si je veux », elle serait nulle, d'après l'article 1174, et il ne pourrait plus être question de faire rétroagir une condition attachée à un contrat que la loi déclare nul. Mais la vente faite sous la condition « si je vais à Paris » est très-valable, l'article 1170 ne laisse aucun doute sur ce point; donc la condition doit rétroagir en vertu du principe général de l'article 1179.

On oppose l'intérêt des tiers, l'intérêt du second acquéreur. Le vendeur peut-il lui enlever son droit en accomplissant, après la vente, une condition qui dépend de sa seule volonté? La réponse à l'objection est très-facile et

elle est péremptoire. Avant d'invoquer le droit du second acquéreur, il faudrait voir s'il a un droit; or, au moment où il a traité avec le vendeur, il y avait déjà une première vente, conditionnelle il est vrai, mais pouvant devenir pure et simple par l'accomplissement de la condition. Il suit de là que le second acquéreur traite lui-même sous condition, c'est-à-dire qu'il ne peut acheter valablement que si la première vente ne s'accomplit pas, c'est comme s'il disait : « J'achète si vous n'allez pas à Paris. » Tout ce que le législateur doit faire pour sauvegarder les intérêts des tiers, c'est de prescrire la publicité des transactions immobilières; c'est ce qui a été fait en Belgique et en France. Il y a encore une seconde erreur dans l'objection que nous combattons, c'est que l'on suppose que le vendeur a le pouvoir d'anéantir, par sa seule volonté, les droits du second acquéreur. Cela serait vrai si la condition était purement potestative; cela n'est plus vrai quand la condition est potestative dans le sens de l'article 1170 (1).

§ V. *De la condition suspensive.*

No 1. EFFET DE LA CONDITION QUAND ELLE EST EN SUSPENS.

87. Quel est l'effet de la condition suspensive tant qu'elle est en suspens? Il est assez difficile de formuler le principe d'une manière précise. L'article 1168 dit que la condition suspend l'obligation jusqu'à ce que l'événement arrive; l'article 1185 dit de même que la condition suspend l'engagement. C'est l'obligation même qui est suspendue, donc elle n'existe pas encore; il est, en effet, incertain si elle existera; elle n'existera pas si la condition ne se réalise pas; il faut donc dire que c'est l'existence de l'obligation qui est suspendue. Il en résulterait logiquement qu'il n'y a encore ni créancier ni débiteur. Comment

(1) Demolombe, t. XXV, p. 361, no 387. Larombière, t. II, p. 171, no 10 de l'article 1179 (Ed. B., t. I, p. 374). En sens contraire, Aubry et Rau, t. IV, p. 78, note 66, et les auteurs qu'ils citent.

y aurait-il un créancier alors qu'il n'y a pas de créance, et un débiteur alors qu'il n'y a pas de dette? Telle paraît bien être la doctrine de Pothier, qui ne fait que reproduire une loi romaine, en disant que rien n'est dû jusqu'à ce que la condition soit accomplie, il y a seulement espérance qu'il sera dû. Aussi Pothier dit-il que le créancier conditionnel n'a aucun *droit*, avant l'accomplissement de la condition (1).

Ceci est trop absolu; le code n'a pas reproduit le langage rigoureux de Pothier. L'article 1179 donne le nom de *droit* à ce que Pothier et les jurisconsultes romains qualifient d'*espérance*. Il est certain que le créancier a plus qu'une espérance, il a un droit éventuel; ce droit est dans son domaine, il le transmet à ses héritiers (art. 1179), il peut le céder; la loi l'autorise à faire tous les actes conservatoires. Cela prouve que l'on s'exprime d'une manière trop absolue, en disant que l'existence de l'obligation est suspendue; l'obligation existe, puisqu'elle produit un droit éventuel.

Il n'est pas exact de dire non plus, comme le fait l'article 1181, que l'obligation conditionnelle ne peut être *exécutée* qu'après l'accomplissement de l'obligation. C'est le terme qui suspend l'exécution de l'obligation (art. 1185); la condition suspend plus que l'exécution, sans que l'on puisse dire qu'elle suspend l'existence de l'obligation. Elle existe, mais elle n'existe pas encore d'une manière certaine, elle n'existera d'une manière certaine que lorsque la condition s'accomplira.

Ce débat n'est pas une discussion de mots. S'il était vrai qu'il ne naît qu'une simple espérance d'une obligatoin conditionnelle, cette espérance pourrait être enlevée au créancier par une loi nouvelle, sans qu'il y eût rétroactivité; on ne pourrait pas dire que la loi lui enlève un droit s'il n'a point de droit. Il faut dire, au contraire, avec le code que le créancier a un droit, éventuel il est vrai, mais néanmoins contractuel; ce qui lui permet d'invoquer le principe de la non-rétroactivité de la loi (2).

(1) Pothier, *Des obligations*, nos 218 et 222.
(2) Comparez Duranton, t. XI, p. 84, no 72; Colmet de Santerre, t. V,

I. *Droits du créancier conditionnel.*

88. L'effet de la condition étant de suspendre l'obligation, il faut dire que rien n'est dû tant que la condition n'est pas accomplie. De là suit que le créancier n'a pas d'action contre le débiteur ; en ce sens, on peut dire qu'il n'y a ni créancier ni débiteur. L'article 2257 contient une conséquence de ce principe, c'est que la prescription ne court point à l'égard d'une créance qui dépend d'une condition jusqu'à ce que la condition arrive : la prescription ne peut pas éteindre une action qui n'existe pas. Le motif sur lequel est fondée la disposition de l'article 2257 prouve qu'elle est étrangère aux rapports du créancier avec les tiers ; si un tiers possède le bien qui est l'objet du droit conditionnel, la prescription court contre le créancier, il ne peut plus dire qu'il n'a pas le droit d'agir ; il n'est pas question d'une action contre le débiteur, il s'agit de savoir si le créancier conditionnel peut interrompre la prescription ; or, l'affirmative est écrite dans la loi, comme nous allons le dire en traitant des actes conservatoires (1).

89. L'article 1180 porte : « Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit. » Pothier reconnaît le même droit au créancier, bien qu'il ne lui accorde qu'une *espérance*. Le langage du code est plus exact : un droit conventionnel, quoique éventuel, ne peut pas être enlevé au créancier, tandis que l'espérance proprement dite peut être enlevée : telle est l'espérance de l'héritier présomptif, soit en vertu d'une loi, soit en vertu d'un testament. Aussi l'héritier présomptif n'a-t-il pas le droit de faire des actes conservatoires, tandis que la loi donne ce droit au créancier conditionnel.

Qu'entend-on par actes conservatoires? L'expression

p. 157, n°s 98 et 100 *bis* II. Aubry et Rau, t. IV, p. 70 et note 40. Demolombe, t. XXV, p. 339, n°s 356 et 357.

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 71. Duranton, t. XI, p. 82, n° 71. Toullier, t. III, 2, p. 334, n° 528.

fait connaître la nature des actes que le créancier a le droit de faire : ce sont ceux qui tendent uniquement à conserver son droit, sans qu'il en résulte aucune exécution contre le débiteur. Il suit de là que l'expression a un sens plus limité que lorsqu'il s'agit d'un créancier pur et simple : celui-ci a action contre le débiteur, il peut donc faire même les actes conservatoires qui impliquent une exécution.

Il y a des actes dont la nature n'est pas douteuse. Le créancier conditionnel peut stipuler une hypothèque pour la garantie de ses droits; l'hypothèque doit être inscrite, l'inscription est un acte conservatoire, la loi l'appelle ainsi quand il s'agit des priviléges; or, les hypothèques, de même que les priviléges, se conservent par l'inscription. On pourrait objecter que l'inscription nuit au débiteur, puisqu'elle diminue son crédit; et peut-on admettre que le créancier porte atteinte au crédit du débiteur, alors qu'il est incertain s'il a une créance? Nous répondons que l'inscription fait connaître l'existence de la condition qui affecte l'obligation; les tiers qui traitent avec le débiteur savent donc que ses biens ne sont grevés que d'une hypothèque conditionnelle; s'ils stipulent une hypothèque sur ces mêmes biens, ils seront primés par le créancier conditionnel dans le cas où la condition s'accomplit; si la condition ne se réalise point, il n'y a pas d'obligation et, par suite, il ne peut être question d'inscription; le débiteur en pourra demander la radiation (1).

Le créancier conditionnel peut-il demander que l'écriture soit vérifiée? Il y avait quelque doute sous l'empire du code civil, parce que tout jugement emportait hypothèque judiciaire; la loi du 3 septembre 1807 ne permettait de prendre inscription qu'après l'arrivée de la condition. L'hypothèque judiciaire n'existe plus dans notre droit belgique. Il ne reste que la vérification de l'écriture, qui est considérée comme une mesure conservatoire, en ce sens qu'elle assure au créancier le droit d'agir contre le débiteur dès que la condition est accomplie (2). Cependant il

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 74 et note 53.
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 160, n° 99 *bis* I.

nous reste quelque doute. L'obligation conditionnelle ne donne pas d'action contre le débiteur; or, la vérification d'écriture est une action. Le créancier peut l'intenter après l'accomplissement de la condition, sans que ses droits en soient compromis; la vérification ne conserve donc pas les droits du créancier, et elle cause au débiteur les embarras d'un procès, alors qu'il est incertain qu'il y ait une dette.

Le créancier ne peut faire aucun acte d'exécution, pas même une saisie-arrêt. En effet, la saisie-arrêt enlève au débiteur la faculté de disposer de sa créance et d'en toucher le montant : si c'est un acte conservatoire pour le créancier saisissant, c'est plus qu'un acte de conservation à l'égard du débiteur, puisqu'elle frappe, en un certain sens, d'indisponibilité une partie de son patrimoine, ce qui ne peut se faire qu'en vertu d'une créance certaine.

Autre est la question de savoir si le créancier conditionnel peut se présenter à l'ordre ouvert pour la distribution des deniers provenant d'une vente forcée poursuivie par un autre créancier. L'affirmative est certaine; il s'agit, dans ce cas, de conserver les droits du créancier conditionnel, car s'il n'est point colloqué, il risque de perdre sa créance; les deniers qui lui seraient revenus, si, comme on le suppose, la condition vient à s'accomplir, seront attribués sans droit à un autre créancier. La collocation lui donne-t-elle aussi le droit de toucher les deniers? Non, car sa créance est toujours suspendue, et le créancier conditionnel ne peut pas demander ni obtenir le payement de ce qui ne lui sera dû qu'après l'accomplissement de la condition. Que fera-t-on, en attendant, des deniers? Le tribunal peut en ordonner le dépôt à la caisse des consignations; il peut aussi les attribuer aux créanciers hypothécaires postérieurs, à la charge, par celui qui les touche en lieu et place du créancier conditionnel, de donner caution pour en assurer la restitution (1).

(1) Duranton, t. XI, p. 80, n° 70. Colmet de Santerre, t. V, p. 160, n° 99 *bis* II. Aubry et Rau, t. IV, p. 74, note 53 du § 302. Demolombe, t. XXV, p. 347, n° 369, et p. 348, n° 370. Larombière, t. II, p. 187, n° 3 de l'article 1180 (Ed. B., t. I, p. 390).

90. Si le contrat conditionnel est translatif de propriété, le créancier acquiert une propriété conditionnelle. La loi reconnaît cette propriété en permettant au propriétaire de concéder une hypothèque, laquelle est naturellement soumise à la même condition (art. 2125). Mais le créancier ne peut pas agir comme propriétaire définitif, puisqu'il ne l'est point. Ainsi il ne pourrait pas purger l'immeuble des hypothèques dont il est grevé; la purge a pour objet de consolider la propriété dans les mains de l'acquéreur, ce qui suppose qu'il est propriétaire et l'acheteur conditionnel ne l'est point encore; il ne pourrait pas même remplir les conditions de la purge; comment offrirait-il son prix et s'obligerait-il à le payer, alors qu'il n'est pas débiteur du prix? Par la même raison, l'acquéreur conditionnel ne peut pas demander la distraction de l'immeuble qu'il a racheté, lorsqu'il est saisi par les créanciers de son vendeur; en effet, les créanciers ont le droit de saisir les biens de leur débiteur; or, l'immeuble vendu sous condition suspensive reste dans le patrimoine du débiteur, donc ses créanciers peuvent le saisir sans que l'acquéreur conditionnel ait le pouvoir d'y mettre obstacle (1).

II. *Droits du débiteur conditionnel.*

91. Le débiteur conditionnel ne doit pas; donc s'il paye, il paye ce qui n'est pas dû. Pothier en conclut que si le payement a été fait par erreur, le débiteur peut répéter; l'article 1186 le dit implicitement en disposant que ce qui a été payé avant l'échéance du terme ne peut être répété; la loi le décide ainsi par opposition à la condition qui suspend l'engagement, tandis que le terme en retarde seulement l'exécution; donc celui qui a un terme doit, et s'il paye, il paye ce qu'il doit; tandis que celui qui doit sous condition paye ce qu'il ne doit pas (2). Nous reviendrons sur la répétition de l'indû au titre des *Quasi-contrats*.

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 75, notes 57 et 58 du § 302.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 218.

92. Si le contrat est translatif de propriété, la propriété n'est transférée que sous condition ; et comme la condition suspend l'obligation, il en résulte que la transmission de la propriété est suspendue. Le débiteur reste donc propriétaire, et il a tous les droits attachés à la propriété. C'est notamment lui qui exerce les actions pétitoires et possessoires concernant la chose qui fait l'objet du contrat (1).

93. Du principe que le débiteur conditionnel reste propriétaire il suit que les créanciers peuvent saisir la chose. Mais que deviendront la saisie et l'adjudication si la condition se réalise? Il faut distinguer. Si la saisie est pratiquée par des créanciers hypothécaires antérieurs à l'aliénation, c'est-à-dire, d'après la nouvelle législation, antérieurs à la transcription de l'acte d'aliénation, la saisie et l'adjudication pourront être opposées à l'acquéreur conditionnel ; car le droit des saisissants est antérieur à celui de l'acquéreur, et celui-ci n'a pas pu les en priver en aliénant l'immeuble sous condition ; l'acquéreur conditionnel prend l'immeuble dans l'état où il se trouve, donc grevé de l'hypothèque et, par suite, assujetti aux actions du créancier hypothécaire. Il en serait ainsi lors même que l'expropriation aurait eu lieu à la requête d'un créancier postérieur ; en effet, la saisie, pratiquée par n'importe quel créancier, devient commune à tous les créanciers à partir du jour où elle leur a été notifiée (code de proc., art. 695 et 696). Si la saisie est poursuivie par un créancier postérieur à l'aliénation et qu'il n'y ait pas de créancier hypothécaire antérieur, dans ce cas, le jugement d'adjudication ne pourra être opposé à l'acquéreur conditionnel après l'accomplissement de la condition, car les créanciers postérieurs ne peuvent pas porter atteinte aux droits du créancier conditionnel (2).

94. Si l'immeuble est grevé d'hypothèques du chef de précédents propriétaires, l'acquéreur conditionnel est un tiers détenteur, et il a tous les droits qui appartiennent

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 71. Larombière, t. II, p. 197, n° 8 de l'article 1181 (Éd. B., t. I, p. 394).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 72, et note 48.

aux tiers détenteurs. Il peut purger, il peut délaisser. La purge donne lieu à quelque difficulté. Il faut distinguer s'il y a surenchère et adjudication ou s'il n'y a pas de surenchère. S'il n'y a pas de surenchère, la purge se poursuit, pour mieux dire, elle est accomplie; c'est-à-dire que si la condition se réalise, l'acquéreur recevra l'immeuble affranchi de tout droit réel. Si la purge est suivie de surenchère, l'adjudication peut être opposée à l'acquéreur, parce qu'elle se fait en vertu d'un droit antérieur à celui de l'acquéreur. Il en est de même dans le cas de délaissement suivi d'adjudication (1).

95. On suppose que le débiteur conditionnel est un simple possesseur ayant commencé à prescrire. La prescription continuera à courir après l'aliénation; mais contre qui courra-t-elle? La difficulté est de savoir si l'on doit appliquer le principe de la rétroactivité. Dans notre opinion, l'affirmative est certaine. La rétroactivité de la condition est un principe absolu qui doit recevoir son application à tous les cas qui peuvent se présenter. Si donc l'acquéreur conditionnel est mineur et que la condition se réalise, l'acquéreur étant censé avoir possédé depuis le contrat, c'est contre lui que la prescription aura couru; par conséquent, elle aura été suspendue pendant le cours de sa minorité. On objecte que la prescription s'accomplit contre le droit de propriété; or, c'est le débiteur conditionnel qui est propriétaire, donc c'est contre lui que la prescription court. Cette objection ne tient aucun compte de la rétroactivité de la condition. Vainement dit-on que la rétroactivité ne doit pas nuire aux tiers et prolonger à leur détriment la durée de la prescription. Nous répondons que, dans cette opinion, on scinde les effets de la rétroactivité; c'est dire que l'on distingue là où la loi ne distingue pas, ce qui revient à déroger à l'article 1179; l'interprète n'a pas ce droit (2).

(1) Larombière, t. II, p. 196, n° 7 de l'article 1181 (Ed. B., t. I, p. 393). Aubry et Rau, t. IV, p. 72, § 302.

(2) Duranton, t. IX, p. 313, n° 312. Larombière, t. II, p. 204, n° 16 de l'article 1181 (Ed. B., t. I, p. 396). En sens contraire, Aubry et Rau, t. IV, p. 73, et note 50 du § 302.

III. *Qui supporte les risques?*

96. L'article 1182 porte que la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition. De là la loi conclut que « si la chose est entièrement périe sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte. » Dans les obligations pures et simples, c'est le créancier qui supporte les risques. Pourquoi, dans les obligations conditionnelles, les risques sont-ils à charge du débiteur? C'est une disposition traditionnelle qui nous vient du droit romain et que l'on suivait aussi dans notre ancien droit. Pothier donne la raison suivante : « Quand la chose périt entièrement avant l'accomplissement de la condition, la condition ne peut plus s'accomplir utilement par la suite; car l'accomplissement de la condition ne peut pas confirmer l'obligation de ce qui n'existe pas, ne pouvant pas y avoir d'obligation sans une chose qui en soit le sujet (1). » Les auteurs modernes reproduisent la même explication, en la formulant d'une manière plus précise. Au moment où la chose périt, il n'y a pas encore d'obligation; quand ensuite la condition se réalise, l'obligation ne peut plus se former, car il n'y a plus de chose qui en puisse faire l'objet. S'il ne peut plus y avoir de contrat, il faut appliquer le principe que la chose périt pour son propriétaire (2).

A notre avis, cette théorie est en opposition avec les principes qui régissent les risques et avec les principes qui régissent l'obligation conditionnelle. Pourquoi, dans les obligations pures et simples, le créancier supporte-t-il les risques? Parce que le débiteur a rempli l'obligation qui lui incombe de conserver la chose avec les soins d'un bon père de famille, la perte fortuite le libère; dès lors le créancier, de son côté, doit remplir son obligation, c'est-à-dire payer le prix s'il s'agit d'une vente (3). Pour-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 219.
(2) Toullier, t. III, 2, p. 338, n° 538. Duranton, t. XI, p. 86, n° 74; p. 87, n° 76 et p. 90, n° 79. Colmet de Santerre, t. V, p. 163, n° 101 *bis* I.
(3) Voyez le tome XVI de mes *Principes*, p. 169, n° 209.

quoi n'appliquerait-on pas ces principes à l'obligation conditionnelle? Le débiteur conditionnel ne doit-il pas conserver la chose qui fait l'objet du contrat? L'article 1182 répond que le débiteur est tenu de sa faute ; donc il est obligé de conserver la chose ; s'il remplit son obligation, le créancier devra aussi remplir la sienne. Jusqu'ici nous ne voyons aucune différence entre l'obligation pure et simple et l'obligation conditionnelle ; il y a même motif de décider, donc il devrait y avoir même décision.

On objecte que l'obligation ne peut plus se former, faute d'objet, au moment où la condition s'accomplit, et on en conclut qu'il n'y a jamais eu d'obligation. Cela était vrai en droit romain et dans la doctrine de Pothier, puisque l'obligation conditionnelle produisait une simple espérance ; on pouvait donc dire que jusqu'à l'accomplissement de la condition il n'y a pas d'obligation, qu'elle prend seulement naissance au moment où la condition se réalise, et qu'à ce moment elle ne peut plus naître si la chose a péri. Peut-on encore raisonner ainsi dans nos principes modernes? Nous avons répondu d'avance à la question (n° 87). Il n'est pas exact de dire que le contrat se forme lorsque la condition s'accomplit, il se forme par le concours de consentement ; il est donc formé quand la condition se réalise ; peu importe, par conséquent, que la chose ait péri avant l'accomplissement de la condition. Reste seulement à savoir quel sera l'effet de la perte sur les obligations des parties contractantes ; or, sous ce rapport, comme nous venons de le dire, il n'y a aucune différence entre l'obligation conditionnelle et l'obligation pure et simple ; dans l'une et l'autre, le débiteur doit veiller à la conservation de la chose ; dans l'une et l'autre, il a rempli ses engagements lorsque la chose vient à périr sans sa faute. S'il a rempli son obligation, pourquoi le créancier ne doit-il pas remplir la sienne?

M. Demolombe a raison de critiquer l'opinion généralement suivie(1), mais nous doutons que l'explication qu'il donne soit satisfaisante. Il approuve la disposition de l'ar-

(1) Demolombe, t. XXV, p. 402, n°s 425 et 426.

ticle 1182, et il la justifie par l'intention des parties contractantes et par l'équité. On a aussi invoqué l'équité contre la règle qui met les risques à charge du créancier dans les obligations pures et simples. Si le créancier conditionnel n'entend pas payer le prix d'une chose qui périt avant l'avénement de la condition, on peut en dire autant du créancier pur et simple quand la chose périt avant de lui avoir été livrée. Après tout, la question que nous discutons est une question de droit, et elle doit être décidée par des raisons de droit.

97. Nous avons supposé jusqu'ici que la chose était entièrement périe. Si elle s'est seulement détériorée, il faut distinguer. « Quand la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, le créancier a le droit ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages et intérêts (Art. 1182). » C'est l'application du principe de la condition résolutoire tacite. Lorsque le débiteur ne remplit pas ses obligations, le créancier a le droit de demander la résolution du contrat ou d'en exiger l'exécution. Nous reviendrons sur le principe en expliquant l'article 1184. Il est certain que le débiteur ne satisfait pas à ses engagements lorsque la chose se détériore par sa faute, car son obligation consiste à la conserver avec les soins d'un bon père de famille; il y a donc lieu de lui appliquer l'article 1184.

Quel que soit le parti que le créancier prenne, qu'il demande la résolution ou qu'il exige l'exécution du contrat, il a le droit de réclamer des dommages et intérêts. L'article 1182 semble ne lui allouer des dommages-intérêts que lorsqu'il maintient le contrat, en prenant la chose dans l'état de détérioration où elle se trouve; et l'article 1184 semble n'accorder des dommages et intérêts que dans le cas de résolution du contrat. Il est certain que, dans toute hypothèse, le créancier qui éprouve un dommage par la faute du débiteur a droit à des dommages et intérêts. C'est le droit commun, et la loi n'a certes pas voulu y déroger lorsque la chose a péri partiellement par la faute du débiteur.

On demande en quoi consisteront ces dommages-inté-

rêts. La chose est détériorée par la faute du débiteur, donc dépréciée; elle valait 10,000 francs, elle n'en vaut plus que 8,000; le créancier aura droit à une diminution de prix de 2,000 francs s'il s'agit d'une vente. On estime la chose eu égard à sa valeur, non au temps du contrat, mais au temps où la condition s'est accomplie, car c'est la chose telle qu'elle est à ce moment que le débiteur doit livrer. C'est aussi ce moment que l'on considère pour estimer le gain dont le créancier a été privé, car c'est lors de l'événement de la condition que le créancier aurait fait le gain (1).

98. « Si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve sans diminution du prix » (art. 1182). Cette disposition est contraire à l'ancien droit. Pothier, après avoir dit que le débiteur conditionnel supporte le risque de la chose quand elle périt entièrement, ajoute : « Que si la chose existe au temps de l'accomplissement de la condition, l'accomplissement de la condition a cet effet que la chose est due en l'état où elle se trouve : le créancier profite de l'augmentation survenue en la chose si elle est augmentée, et il souffre de la détérioration et diminution, pourvu que cela soit arrivé sans la faute du débiteur (2). » Pourquoi les auteurs du code se sont-ils écartés de l'opinion de Pothier? L'orateur du gouvernement en donne les motifs. « La décision de la loi romaine, dit Bigot-Préameneu, que Pothier a adoptée ne s'accorde pas avec le principe d'après lequel, dans le cas de la condition suspensive, il n'y a pas de *transport de propriété*. Ce doit être aux risques du *débiteur*, encore *propriétaire*, que la chose diminue ou se détériore, par la même raison que ce serait à ses risques qu'elle périrait (3). » C'est une erreur de croire que la chose doive périr ou se détériorer pour le *propriétaire*; il en est ainsi quand la chose ne fait pas l'objet d'une

(1) Toullier, t. III, 2, p. 339, n° 540. Larombière, t. II, p. 263, n°s 9 et 10 de l'article 1182 (Ed. B., t. I, p. 400).
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 219.
(3) Exposé des motifs, n° 68 (Locré, t. VI, p. 159).

obligation. Mais quand il y a un lien d'obligation, la question des risques se décide par les principes qui régissent l'obligation ; c'est ainsi que le débiteur pur et simple supporte le risque lorsqu'il est en demeure, bien qu'il ait cessé d'être propriétaire (art. 1138). Il est vrai qu'en cas de perte totale le débiteur conditionnel supporte le risque, et il le supporte, dans l'opinion générale, parce que la perte de la chose empêche le contrat de se former; on dit que, dans ce cas, il n'y a pas d'obligation et que, par conséquent, on doit appliquer le principe : *Res perit domino* (1). A notre avis, c'est une mauvaise raison (n° 96); encore cette mauvaise raison ne reçoit-elle pas d'application au cas de perte partielle. En effet, la chose, quoique détériorée, subsiste; le contrat peut donc se former, et il se forme; dès lors il faut écarter la maxime : *Res perit domino*.

Il y a quelque chose de vrai dans ce que dit l'orateur du gouvernement, que la question des risques doit être décidée dans le même sens, qu'il y ait perte totale ou perte partielle; en effet, on ne voit pas pourquoi la décision diffère selon que la chose périt entièrement ou en partie. Dans notre opinion, cette espèce de contradiction n'existe point. Nous appliquons le principe de l'article 1138 à l'obligation conditionnelle dès qu'il y a cas fortuit, peu importe que le cas fortuit fasse périr la chose entière ou qu'il la détériore seulement; c'est toujours le créancier qui supporte le risque; tandis que la loi le met toujours à charge du débiteur. La décision du code est en opposition avec le principe de la rétroactivité : quand la condition s'accomplit, l'obligation devient pure et simple; dès lors il faut appliquer le principe que le cas fortuit libère le débiteur.

On a encore fait un autre reproche à la décision du code; il fait supporter les risques au débiteur, tandis que le créancier profite des augmentations qui peuvent survenir. Le reproche est fondé, quoi qu'en dise l'orateur du gouvernement. Bigot-Préameneu prétend que le débi-

(1) Duranton, t. XI, p. 90, n° 80, et la plupart des auteurs.

teur qui, même sous une condition suspensive, s'est obligé à donner une chose, est par cela même présumé avoir renoncé aux augmentations accessoires pour le cas où la condition s'accomplirait. L'équité et le bon sens réclament contre cette prétendue présomption. Quoi! je vends sous condition et je consens à supporter le risque, tout en veillant à la conservation de la chose et, de plus, je consens que l'augmentation de valeur profite à l'acheteur! Cela n'est pas sérieux.

On a essayé de justifier, d'expliquer, du moins, la disposition de l'article 1182 que la plupart des auteurs critiquent. Les rédacteurs du code, dit-on, n'ont pas voulu sacrifier à la logique des principes une solution qui leur a paru plus simple et plus naturelle; ils ont préféré mettre le risque partiel à la charge de celui des contractants qui supporte le risque total (1). C'est ce que Bigot-Préameneu avait déjà dit; l'argument est aussi un raisonnement théorique. On a tort de dédaigner la théorie; qu'est-ce autre chose que notre science du droit? Il arrive sans doute au législateur français de décider en équité, plutôt que d'après la rigueur des principes, et il a raison. Mais dans notre débat nous ne voyons pas ce que l'équité a à gagner en sacrifiant le débiteur au créancier.

99. On demande ce qu'il faut entendre par *détérioration*. La loi prévoit deux cas : celui où la chose *périt entièrement* et celui où elle est *détériorée;* la détérioration est donc une perte partielle ou, ce que la loi appelle, ailleurs, une *dégradation* (art. 2131). Une simple dépréciation ne serait pas une détérioration et, par conséquent, ne donnerait pas lieu à l'application de l'article 1182. La cour de cassation a jugé en ce sens que la dépréciation ne suffit point pour autoriser le créancier à demander la résolution du contrat, il faut que la substance de la chose soit altérée essentiellement, c'est-à-dire qu'il y ait perte partielle; de sorte que la détérioration est permanente, tandis que la dépréciation est passagère, due à des

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 165, n° 101 *bis* III, suivi par Demolombe, t. XXV, p. 412, n° 437.

événements politiques ou à des crises industrielles (1).

Autre est la question de savoir si la détérioration doit être considérable ou si une dégradation minime suffit pour que le créancier puisse demander la résolution du contrat. Duranton dit que la loi doit être entendue dans un sens raisonnable : si donc les détériorations n'étaient que de peu d'importance relativement à la nature totale des objets du contrat, par exemple une petite partie de terre enlevée à un champ par les eaux, l'acheteur n'aurait pas le droit d'agir en résolution, ni même de demander une diminution du prix, car il aurait bien profité de l'alluvion s'il y en avait eu. M. Larombière critique cette décision, et il a raison. Qu'est-ce que c'est qu'une détérioration minime? n'est-ce pas introduire dans la loi une distinction qu'elle ignore? et cette distinction ne livre-t-elle pas le créancier à l'arbitraire du magistrat? Toutefois M. Larombière admet une restriction : il faut au moins, dit-il, que les détériorations soient juridiquement appréciables, et dans cette appréciation, il est équitable et juste de tenir compte, pour les compenser avec les détériorations survenues, des améliorations qui se seraient produites. M. Demolombe ajoute : *de minimis non curat prætor* (2). L'équité, sans doute, plaide pour cette opinion; en droit, nous préférerions nous en tenir à la décision de la cour de cassation : dès qu'il y a perte partielle, la chose n'est plus entière, il y a une dépréciation permanente et, par suite, il y a lieu à résolution. En théorie, nous aurions préféré la distinction que le code fait en matière de garantie : « Si l'acquéreur n'est évincé que d'une partie de la chose et qu'elle soit de telle conséquence, relativement au tout, que l'acquéreur n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé, il peut faire résilier la vente » (art. 1636). Mais l'article 1182 ne fait aucune distinction; dès lors il faut s'en tenir rigoureusement au texte de la loi.

(1) Rejet, chambre civile, 26 mai 1851, 1 (Dalloz, 1851, 134).
(2) Duranton, t. XI, p. 93, n° 80. Larombière, t. I, p. 212, n° 7 de l'article 1182 (Ed. B., t. I, p. 399). Demolombe, t. XXV, p. 419, n° 442.

N° 2. EFFET DE LA CONDITION SUSPENSIVE QUAND ELLE DÉFAILLIT.

100. La loi ne dit pas quel est l'effet de la condition quand elle défaillit. C'est que l'effet résulte de la nature même de l'obligation conditionnelle. Les parties, en traitant sous condition, font dépendre l'obligation de l'accomplissement de la condition; donc si la condition défaillit, il n'y a pas d'obligation. D'ordinaire les parties ne font aucun acte d'exécution tant que la condition est en suspens; dans ce cas, le contrat n'a jamais produit d'effet, les parties sont censées n'avoir jamais traité. Si le créancier avait été mis en possession, il devrait restituer la chose avec tout ce qu'il en a perçu; il devrait donc restituer les fruits, quoiqu'il eût été en possession et quoique le fait de la possession ne puisse pas être effacé. Mais le fait de la possession ne donne pas droit aux fruits. On appliquera l'article 547, aux termes duquel les fruits appartiennent au propriétaire. Si le vendeur avait touché le prix, il devrait également le restituer avec les intérêts. Y a-t-il lieu, dans ce cas, comme le dit M. Larombière, à établir une équitable compensation entre les intérêts du prix reçu par l'un et les fruits perçus par l'autre? La loi n'autorise pas cette compensation, et elle ne serait rien moins qu'équitable, puisque les intérêts sont généralement beaucoup plus élevés que le montant des fruits (1). Si le créancier conditionnel avait fait des actes de disposition ou d'administration, ces actes tomberaient, parce que quand la condition défaillit, il n'y a jamais eu de créancier; tous les actes qu'il a posés sont donc de purs faits qui ne peuvent avoir aucune influence en droit.

N° 3. EFFET DE LA CONDITION QUAND ELLE S'ACCOMPLIT.

101. Quel est l'effet de la condition quand elle s'accomplit? La réponse dépend du point de savoir quel est l'effet de la condition suspensive. Suspend-elle l'existence

(1) Toullier, t. III, 2, p. 345, n° 547. Larombière, t. II, p. 198, n° 10 de l'article 1182 (Éd. B., t. I, p. 400).

de l'obligation? Elle en suspend l'existence en ce sens que l'obligation ne produit pas les effets juridiques qui y sont attachés, elle ne donne pas action au créancier et le débiteur n'est pas obligé de l'exécuter. Mais l'existence de l'obligation n'est pas suspendue, en ce sens que le contrat se forme seulement lorsque la condition s'accomplit. Le contrat se forme par le concours du consentement des parties contractantes; or, ce consentement intervient, non lors de l'accomplissement de la condition, mais lors du contrat. Il y a plus; on ne peut pas même dire que tous les effets du contrat conditionnel sont suspendus jusqu'à l'arrivée de la condition; le débiteur doit veiller à la conservation de la chose pendant que la condition est en suspens; si la chose se détériore par sa faute, il en supporte le risque. Il n'est donc pas exact de dire que le contrat conditionnel n'est parfait qu'à l'arrivée de la condition, en ce sens qu'il doit alors réunir tous les éléments essentiels à sa formation (1). Le créancier et le débiteur doivent-ils consentir au moment où la condition se réalise? Non, certes; la loi elle-même le dit, puisqu'elle décide que si le créancier vient à mourir pendant que la condition est en suspens, ses droits passent à ses héritiers. Il a donc des droits; et comment aurait-il des droits si le contrat n'était pas formé? Il faut donc se borner à répondre à notre question que lorsque la condition s'accomplit, le contrat devient pur et simple et produit tous les effets qui y sont attachés.

102. Pothier s'exprime différemment. Il part du principe que le créancier conditionnel n'a point un droit de créance formé avant l'existence de la condition, qu'il n'a qu'une simple espérance. Nous avons dit plus haut que le code n'admet point cette théorie. Avant tout accomplissement de la condition, le créancier peut exercer les actes conservatoires de son droit; donc il a un droit, et il le transmet à ses héritiers s'il vient à mourir pendant que la condition est en suspens. Pothier admet aussi cet effet de

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 165, nº 101 *bis* II. En sens contraire, Demolombe, t. XXV, p. 354, nº 378.

l'obligation conditionnelle en le rattachant à la rétroactivité de la condition : au moyen de l'effet rétroactif de la condition, dit-il, le droit sera censé lui avoir été acquis dès le temps du contrat et, par conséquent, avoir été transmis à son héritier (1). Cela ne nous paraît pas exact. S'il était vrai, comme le dit Pothier, que le droit de créance se forme seulement lors de l'arrivée de la condition, il faudrait dire qu'à ce moment les parties doivent consentir; dès lors, le contrat ne pourrait plus se former si le créancier était mort, et un contrat non formé peut-il passer aux héritiers?

La rétroactivité de la condition valide tous les actes de disposition, d'administration et de jouissance que le créancier conditionnel a faits pendant que la condition était en suspens et, par contre, tous les actes faits par le débiteur conditionnel viennent à tomber. Faut-il appliquer ce principe aux baux? Et le débiteur conditionnel doit-il restituer les fruits qu'il a perçus? Nous avons examiné ces questions plus haut (nos 80, 82 et 84).

§ V. *De la condition résolutoire.*

No 1. EFFETS DE LA CONDITION PENDANT QU'ELLE EST EN SUSPENS.

I. *Droits du débiteur conditionnel.*

103. L'article 1183 dit que la condition résolutoire ne suspend pas l'exécution de l'obligation. Si l'obligation doit être exécutée, c'est parce qu'elle existe; quant à son existence, elle est pure et simple, c'est seulement la résolution qui est conditionnelle. Aux termes de l'article 1183, le créancier est obligé de restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive; le créancier est, en ce sens, débiteur conditionnel.

La rescision ou l'annulation du contrat produit aussi cet effet que les parties doivent se restituer réciproquement ce qu'elles ont reçu en vertu du contrat. Ce n'est pas à dire qu'il faille mettre sur la même ligne la résolu-

(1) Pothier, *Des obligations*, no 220.

tion, la rescision et l'annulation, comme le fait M. Larombière (1): c'est une méprise évidente. La résolution a lieu par la volonté des parties contractantes, c'est une loi du contrat; tandis que la rescision et l'annulation supposent un vice qui entache l'obligation et qui la rend rescindable ou annulable. Les conséquences de la résolution, de la rescision et de l'annulation diffèrent également : la résolution opère de plein droit en vertu de la volonté des parties; la rescision et l'annulation doivent être demandées en justice et l'action doit être formée dans les dix ans. La prescription de dix ans confirme les obligations nulles ou rescindables; on ne conçoit pas la confirmation en cas de résolution, le contrat résolu de plein droit est censé n'avoir jamais existé; les parties sont libres, sans doute, de renouveler leurs conventions, mais ce sera un nouveau contrat. Les principes qui régissent la résolution et la rescision ou l'annulation sont donc tout différents, et il importe d'éviter même l'apparence de la confusion.

104. Le contrat fait sous condition résolutoire étant pur et simple quant à son existence, il reçoit son exécution comme s'il n'y avait pas de condition. C'est ce que dit l'article 1183. Il suit de là que l'acheteur sous condition résolutoire a tous les droits qui dérivent de la vente et qu'il est tenu de toutes les obligations qui en découlent. Il peut demander la délivrance de la chose vendue et il en doit payer le prix et acquitter les droits de mutation (2).

105. L'acheteur a tous les droits d'un tiers détenteur, Il peut notamment purger l'immeuble des priviléges et hypothèques qui le grèvent. La purge donne lieu à des difficultés quand la condition résolutoire s'accomplit. Nous y reviendrons au titre des *Hypothèques*, qui est le siége de la matière.

106. L'acheteur a, par application de ce principe, toutes les actions possessoires ou pétitoires relatives à la

(1) Larombière, t. II, p. 276, n° 65 de l'article 1183 (Ed. B., t. I, p. 423).
(2) Voyez, sur ce dernier point, Dalloz, au mot *Enregistrement*, n°s 273, 274, 2507, 3106, 3107, 3775, 4110 et 5396.

chose vendue; s'il a acquis une part indivise dans un immeuble, il peut demander le partage et y procéder, soit à l'amiable, soit en justice; à plus forte raison peut-il répondre à une action en partage.

107. Il peut prescrire soit contre le véritable propriétaire, soit contre ceux qui prétendraient des droits réels sur l'immeuble. L'article 1165 le dit de l'acquéreur à pacte de rachat; cette disposition n'est que l'application d'un principe général. Que l'on n'objecte pas que l'obligation de restituer la chose empêche la bonne foi : l'acheteur possède en vertu d'un titre translatif de propriété, et il peut certes croire que ce titre émane du vrai propriétaire; dans ce cas, il a la bonne foi et il pourra usucaper (1). La prescription court aussi contre lui, puisqu'il est propriétaire. Mais qu'arrivera-t-il si son droit de propriété est résolu et que l'ancien propriétaire, qui est censé l'avoir toujours été, soit mineur? La prescription aura-t-elle été suspendue? La question est controversée. A notre avis, la minorité suspend la prescription, c'est la conséquence de la rétroactivité. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut sur la question identique qui se présente pour la condition suspensive (n° 95).

108. Le principe qui régit les droits du débiteur conditionnel reçoit exception dans le cas prévu par l'article 1751. En général, l'acquéreur peut expulser le preneur lorsque celui-ci n'a pas de bail authentique ou de bail ayant date certaine (art. 1743). Il y a exception pour l'acquéreur à pacte de rachat (art. 1743). Nous y reviendrons.

II. *Droits du créancier conditionnel.*

109. Le contrat fait sous condition résolutoire est pur et simple, mais la résolution en est conditionnelle. Il suit de là que l'acheteur sous condition résolutoire est débiteur de la chose sous condition suspensive et, par

(1) Larombière, t. II, p. 228, n° 12 de l'article 1183 (Ed. B., t. I, p. 406).

conséquent, le vendeur est créancier sous condition suspensive. Le vendeur a donc, à ce titre, tous les droits qui appartiennent au créancier conditionnel. Notamment il peut faire les actes conservatoires de son droit (art. 1180). Nous renvoyons à ce qui a été dit sur les effets de la condition suspensive.

III. *Qui supporte les risques?*

110. La chose périt pendant que la condition est en suspens. Qui supporte la perte en supposant qu'elle est fortuite? est-ce le débiteur conditionnel ou le créancier conditionnel? Pour rendre la question plus claire, est-ce le vendeur ou l'acheteur? La loi ne décide pas la question en termes formels. D'après l'opinion généralement suivie, la perte est pour l'acheteur, il ne peut donc pas demander la restitution du prix, quoique la condition résolutoire vienne à s'accomplir. C'est une conséquence du principe que le code suit en ce qui concerne la condition suspensive. Le débiteur conditionnel supporte les risques; or, l'acheteur est débiteur conditionnel (n° 109); donc il faut lui appliquer l'article 1182. On objecte que la condition résolutoire, quand elle s'accomplit, anéantit le contrat comme s'il n'avait jamais existé; dès lors ne faut-il pas décider que le vendeur supporte les risques, en ce sens que la chose périt pour le propriétaire? On répond que la résolution ne peut plus avoir lieu; en effet, en cas de résolution, l'acheteur doit restituer la chose; or, cette restitution est devenue impossible; donc l'acheteur ne peut pas invoquer la résolution de la vente pour demander la restitution du prix, car lui, de son côté, devrait restituer la chose; comme il ne peut restituer la chose, il ne peut pas non plus demander la restitution du prix (1).

Dans le système du code, cette argumentation nous paraît décisive. Nous avons critiqué la théorie légale et

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 163, n° 102 *bis* IV. Aubry et Rau, t. IV, p. 79 et note 70, et les auteurs qui y sont cités. En sens contraire, Duranton, t. XI, p. 104, n° 91; Larombière, t. II, p. 274, n° 73 de l'article 1183 (Ed. B., t. I, p. 426).

l'explication que l'on en donne en traitant de la condition suspensive (n° 96). A notre avis, le créancier conditionnel devrait supporter les risques, aussi bien que le créancier pur et simple; et il va de soi que ce principe, s'il est vrai, doit recevoir son application à la condition résolutoire, car cette condition implique une condition suspensive; à vrai dire, il n'y a pas d'autre condition que la condition suspensive, et une seule et même condition ne peut pas produire des effets différents. Ce que l'on oppose à la rétroactivité de la condition résolutoire n'est rien moins que décisif. L'acheteur, dit-on, ne peut restituer la chose, donc il ne peut demander la restitution du prix. Cela serait bien raisonné si c'était par sa faute que l'acheteur ne restitue pas la chose, mais c'est par cas fortuit; or, débiteur d'un corps certain, n'est-il pas libéré par la perte de la chose (art. 1302)? et ne devient-il pas débiteur de la chose quand la condition s'accomplit?

111. Si la chose est seulement détériorée et que la condition résolutoire s'accomplisse, la perte sera-t-elle pour le vendeur ou pour l'acheteur? La question est controversée. Si l'on admet que l'acheteur supporte la perte totale, il faut être logique et mettre aussi les détériorations à sa charge, c'est-à-dire que le vendeur aura le droit de refuser la chose, ou de la reprendre en restituant à l'acheteur la totalité du prix. Il y a une raison décisive pour le décider ainsi. L'acheteur est débiteur de la chose sous condition suspensive, c'est sur ce principe que l'on se fonde pour mettre les risques à sa charge; si on lui applique l'article 1183 en cas de perte totale de la chose, il faut être conséquent et le lui appliquer aussi quand la chose est détériorée. En vain invoque-t-on l'ancien droit; le code y a dérogé dans l'article 1183, et c'est cet article qui gouverne la matière. Vainement encore objecte-t-on le principe de la rétroactivité; sans doute, la conséquence logique de ce principe serait que le contrat étant censé n'avoir jamais existé, le vendeur reprend sa chose dans l'état où elle se trouve, non détériorée par la faute du débiteur, le cas fortuit devant frapper le propriétaire. Nous répondons que le code ne suit pas le principe de rétroac-

tivité quand il s'agit des risques; il faut donc l'écarter. Si on l'appliquait, on ne pourrait jamais mettre les risques à charge de l'acheteur. On n'en tient aucun compte quand la perte est totale; dès lors on n'en peut tenir compte quand il s'agit de la perte partielle (1).

N° 2. EFFET DE LA CONDITION RÉSOLUTOIRE QUAND ELLE DÉFAILLIT.

112. Quand la condition résolutoire défaillit, la résolution cesse d'être suspendue, elle ne peut plus avoir lieu. C'est dire que le contrat reste ce qu'il était dans son principe, pur et simple. Il en résulte que le vendeur sous condition résolutoire n'a jamais été créancier conditionnel. Si donc il a fait des actes en cette qualité, ils viennent à tomber du moment où la condition défaillit, et il va sans dire que tous les actes faits par l'acheteur restent valables.

N° 3. EFFETS DE LA CONDITION RÉSOLUTOIRE QUAND ELLE SE RÉALISE.

113. L'article 1183 porte : « La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la *résolution* de l'obligation. » Dans l'article 1168, la loi se sert du mot *résilier* pour marquer l'effet de la condition résolutoire. Le terme juridique est celui de *révocation,* qui implique l'anéantissement de l'obligation, même pour le passé, même à l'égard des tiers; tandis que le mot *révocation* se dit aussi des contrats qui sont révoqués sans rétroactivité, *ex nunc,* comme on dit à l'école (art. 958), et le mot *résiliation* s'emploie de la cessation d'un contrat pour l'avenir : le bail se résilie, c'est-à-dire qu'il finit ou cesse de produire ses effets, mais il ne se résout jamais, car il y a toujours un fait accompli qui ne peut pas être effacé, comme nous le dirons plus loin. La résolution est plus énergique : elle rétroagit toujours. Chose singulière, la loi ne le dit point; l'article 1179, qui pose

(1) Demolombe, t. XXV, p. 441, n° 463. En sens contraire, Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 381, note 3, et Massé, *Droit commercial*, t. III, p. 346, n° 1809.

le principe de la rétroactivité, ne parle que de la condition suspensive. Mais si la loi ne se sert pas du mot de *rétroactivité* en parlant de la condition résolutoire, elle applique à cette condition les effets de la rétroactivité dans des termes très-expressifs : l'article 1183 dit « qu'elle remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. » C'est dire qu'il n'y a jamais eu de contrat, ni créancier, ni débiteur, comme si rien ne s'était passé entre les parties. Cependant il y a eu un contrat, qui a produit ses effets comme un contrat pur et simple; s'il est translatif de propriété, le créancier est devenu propriétaire, il a pu faire des actes de disposition, aliéner, concéder des droits réels. Tous ces actes tombent avec le droit de celui qui les a concédés : le néant prend la place du contrat.

114. La condition résolutoire dont nous nous occupons s'appelle *expresse*, parce qu'elle est stipulée par les parties contractantes. Ce qui la caractérise et la distingue de la condition résolutoire tacite dont nous parlerons plus loin, c'est qu'elle opère de plein droit. Le code ne le dit pas en termes formels, mais le principe résulte, sans doute aucun, de la combinaison des articles 1183 et 1184. S'agit-il de la condition résolutoire tacite, l'article 1184 dit que, « *dans ce cas,* le contrat n'est point résolu de plein droit » ; ce qui implique qu'il y a un *autre cas* dans lequel le contrat est résolu de plein droit. En effet, l'article 1183 dit que la condition résolutoire expresse « opère la révocation de l'obligation. » La loi n'ajoute pas que la révocation se fait de plein droit, mais c'est bien là le sens des expressions qu'elle emploie; c'est le seul accomplissement de la condition qui résout le contrat, il ne faut pas autre chose, ni sommation, ni demande judiciaire. La raison en est très-simple : c'est que telle est la volonté des parties contractantes formellement exprimée, et la volonté des parties fait leur loi (art. 1134) (1).

115. Ce principe s'applique sans difficulté aux conditions casuelles. Je vous vends ma maison située à Gand,

(1) Demolombe, t. XXV, p. 449, n° 4[illegible].

mais si je suis nommé à telle fonction à Gand, la vente sera résolue. Si je suis nommé, et du jour de ma nomination, la vente sera résolue, sans mise en demeure, sans demande judiciaire. Toute interpellation, toute action serait inutile; à quoi bon une mise en demeure alors que notre volonté s'est manifestée lors du contrat? A quoi bon une demande en justice, alors que la résolution se fait, non par sentence du juge, mais par la loi du contrat? Nous dirons plus loin les conséquences qui résultent du principe.

Il en est de même quand la condition est potestative. Je vous vends ma maison située à Bruxelles, sous cette condition que la vente sera résolue si je m'établis à Bruxelles. Du jour où je m'établirai à Bruxelles, la vente sera résolue de plein droit en vertu de notre volonté. Cela est si évident, une fois le principe admis, que l'on ne comprend pas que l'on ait mis la chose en question (1). Nous ne le disons que pour faire une réserve : il y a une condition résolutoire potestative qui n'opère pas toujours de plein droit, c'est le pacte commissoire; nous y reviendrons.

116. Quel sera l'effet de la résolution entre les parties? L'article 1183 le dit : les choses sont remises au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Si le contrat n'a pas été exécuté, rien n'ayant été fait, il n'y aura rien à défaire. D'ordinaire le contrat est exécuté immédiatement; les parties devront alors restituer réciproquement tout ce que chacune a perçu en vertu du contrat. S'agit-il d'une vente, l'acheteur restituera la chose avec les accroissements qu'elle peut avoir reçus pendant que la résolution était en suspens et, dans notre opinion, les fruits qu'il a perçus (n° 85). Le vendeur restituera le prix avec les intérêts.

L'acheteur devra-t-il une indemnité à raison des détériorations que la chose a éprouvées? Si elles sont survenues par sa faute, l'affirmative est certaine : il est débiteur sous condition, il doit donc conserver la chose avec

(1) Toullier, t. III, 2, p. 347, nos 553 et 554.

les soins d'un bon père de famille; s'il ne remplit pas cette obligation, il devra les dommages-intérêts résultant de sa faute. Si les détériorations sont survenues sans sa faute, il n'en devrait pas répondre, d'après les vrais principes. Mais le code a dérogé à ces principes en matière de condition suspensive (art. 1182); or, la condition résolutoire implique une condition suspensive : l'acheteur sous condition résolutoire est débiteur de la chose si la condition se réalise, il est donc débiteur sous condition suspensive; par conséquent, il faut lui appliquer l'article 1182, comme nous l'avons dit plus haut (n° 111) (1).

117. Le principe formulé par l'article 1183 a une conséquence très-importante en ce qui concerne les actes de disposition qu'a faits le propriétaire sous condition résolutoire. Puisque les choses sont remises au même état que s'il n'y avait pas eu de contrat, il en résulte que l'acquéreur n'a jamais été propriétaire; dès lors il n'a pu faire aucun acte de propriété, et s'il en a fait, les actes tomberont avec le droit de celui de qui ils émanent. De là le vieil adage : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. La loi applique ce principe à la vente faite avec pacte de rachat (art. 1664 et 1673), et le même principe reçoit son application dans tous les cas où la transmission de propriété s'est faite sous condition résolutoire. Il en résulte de graves inconvénients, puisque toutes les ventes et les concessions de droits réels sont résolues : c'est une véritable perturbation dans les relations civiles. Le législateur ne peut pas y mettre obstacle, puisque telle est la volonté des parties contractantes. Les tiers ne sont pas trompés; la publicité qui, d'après la législation nouvelle, est donnée aux transactions immobilières, les prévient du danger de résolution qui les menace; le plus souvent ils refuseront de traiter, avec la chance de voir résolus les droits qu'ils acquerraient. C'est l'acquéreur sous condition résolutoire qui éprouvera le plus grand préjudice : les biens qu'il possède sous condition résolutoire seront,

(1) Demolombe, t. XXV, p. 441, n° 463. En sens contraire, Aubry et Rau, t. IV, p. 80, note 71 du § 302.

de fait, hors du commerce tant que la condition est en suspens.

118. En quel sens la condition résolutoire a-t-elle effet contre les tiers acquéreurs? Cela veut-il dire que le vendeur primitif peut agir en résolution contre le sous-acquéreur? On dit quelquefois que l'action en résolution est tout ensemble réelle et personnelle ou, comme on s'exprime dans le langage de l'école, qu'elle est *personalis in rem scripta*. Cette théorie trouve quelque appui dans le texte du code; aux termes de l'article 1664, le vendeur à pacte de rachat peut exercer son action contre un second acquéreur : n'est-ce pas dire que le vendeur exerce contre le tiers l'action en résolution? Nous répondons que cela est impossible. En effet, l'action en résolution est une action naissant du contrat, donc une action essentiellement personnelle, qui ne peut être formée que par le créancier contre le débiteur. Est-ce qu'un contrat a effet à l'égard des tiers? est-ce que le tiers acquéreur est débiteur du vendeur primitif? Toutes ces questions impliquent des hérésies juridiques.

A vrai dire, quand la condition résolutoire est expresse, il n'y a pas lieu à une action personnelle du vendeur, à moins qu'il ne s'élève un débat sur le point de savoir si la condition est accomplie. Si l'accomplissement de la condition est certain, elle opère de plein droit la résolution de la vente, il n'y a plus ni créancier ni débiteur; le vendeur est censé avoir toujours été propriétaire, il n'est donc pas en face d'un débiteur, il est en face de sa chose. Il n'agit pas en résolution, puisque le contrat est résolu de plein droit; il agit en revendication, et la revendication s'exerce contre tout possesseur, par conséquent contre le tiers acquéreur aussi bien que contre l'acheteur primitif. C'est en ce sens que la résolution a effet à l'égard des tiers, et c'est aussi en ce sens, comme nous le dirons au titre de la *Vente*, que le vendeur à pacte de rachat a action contre le second acquéreur; son action n'est pas l'action en rachat, c'est l'action en revendication (1).

(1) Comparez Larombière, t. II, p. 231, n° 17 de l'article 1183 (Ed. B., t. I, p. 406).

119. Quel est l'effet des actes qu'un tiers a faits contre le propriétaire sous condition résolutoire? Les créanciers personnels de l'acquéreur peuvent saisir l'immeuble, puisqu'il en a la propriété. Que deviendra l'expropriation lorsque la condition s'accomplit? Il faut distinguer, comme nous l'avons dit plus haut (n° 93) ; s'il y a des créanciers hypothécaires du vendeur ou de précédents propriétaires, dans ce cas, la saisie leur devient commune ainsi que l'expropriation; et comme leurs droits sont antérieurs à la vente, le jugement pourra être opposé au vendeur. Mais s'il n'y a pas de créanciers antérieurs, le jugement d'adjudication prononcé contre l'acquéreur sera sans effet à l'égard du vendeur; le droit du propriétaire sous condition résolutoire étant résolu, ses créanciers personnels n'ont jamais eu de droit sur l'immeuble, qui est censé n'avoir jamais été dans le domaine de leur débiteur; donc la saisie et l'adjudication tomberont (1).

Il en est de même des jugements rendus contre l'acquéreur quand ils reconnaissent à des tiers des droits réels sur l'immeuble vendu. Le jugement équivaut à un contrat, l'acquéreur ne peut pas plus grever l'immeuble de droits réels par voie de jugement que par voie de convention. On ne peut pas dire qu'il est l'ayant cause du vendeur, car la vente étant résolue rétroactivement, il n'a jamais été l'ayant cause du vendeur; il faut donc appliquer le principe en vertu duquel le vendeur ne peut être lié par un jugement où il n'a pas été partie et où il n'a pas été représenté. Si le jugement est favorable à l'acquéreur, le vendeur peut-il l'invoquer? On enseigne l'affirmative; nous reviendrons sur la question en traitant de la chose jugée.

120. Applique-t-on le principe de la résolution aux actes d'administration faits par l'acquéreur? Nous avons examiné la question plus haut (n° 83).

121. L'article 1183 s'applique-t-il à toute espèce de contrats? On pourrait répondre que la loi ne distingue pas et que, par conséquent, il n'y a pas lieu à distinguer.

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 80, § 302

Ce serait là appliquer les principes de droit d'une façon mécanique. Il faut voir si la distinction ne résulte pas des termes mêmes de la loi. L'article 1183 dit que la condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Cela suppose que les choses peuvent être remises en cet état, c'est-à-dire que la résolution, telle que la loi l'entend, est possible. La résolution est possible quand les contrats se parfont immédiatement et définitivement au moment où ils se forment : tels sont la vente, la donation, l'échange. L'effet de ces contrats consiste dans un fait juridique, la translation de la propriété; ce fait peut être effacé avec toutes ses conséquences par la condition résolutoire qui s'accomplit. Peu importe que l'acquéreur ait été mis en possession; les conséquences de cette possession peuvent aussi disparaître : l'acheteur restituera les fruits comme si le vendeur avait possédé (1). Il n'en est pas de même des contrats qui se parfont successivement, tels que le bail. Les parties stipulent souvent la résolution du bail; par exemple, si le locataire est fonctionnaire, pour le cas où il est appelé à des fonctions dans une autre ville. Ce n'est pas là une résolution; il est impossible que le bail soit résolu comme s'il n'y avait pas eu de contrat. En effet, le locataire a occupé les lieux loués comme locataire; voilà un fait qui ne peut pas être effacé. Et l'intention des parties n'est certes pas de l'effacer; tout ce qu'elles veulent, c'est de mettre fin au bail; la prétendue condition résolutoire n'est donc qu'un terme qui met fin au contrat, le bail a existé, il a produit ses effets, et ces effets ne sont pas résolus. Nous y reviendrons en traitant du terme.

Il en est de même du contrat de rente viagère. On admet généralement que les parties peuvent stipuler que le contrat sera résolu pour le défaut de payement des arrérages. Mais cette prétendue résolution n'est pas une résolution. Pendant tout le temps que le contrat a duré,

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 85, note 90, § 302. Larombière, t. II, p. 284, nº 72 de l'article 1183 (Ed. B., t. I, p. 426). Demolombe, t. XXV, p. 447, nº 469.

le débiteur a eu, en sa faveur, les chances d'extinction de la rente, et il en aurait profité si elles avaient tourné pour lui; les arrérages qu'il a dû payer étaient le prix de ces chances; il est impossible que la résolution détruise les effets que le contrat a produits. Donc la résolution met seulement fin au contrat. C'est encore ce que l'on appelle improprement un terme résolutoire (1).

Une espèce singulière s'est présentée devant la cour de Liége. Un arrêté du roi Guillaume du 22 juillet 1820 accorda la concession d'une route de Liége à la frontière de Prusse entre Chênée et Theux. Les concessionnaires ayant appris que le gouvernement avait le projet de redresser l'ancienne route, ce qui aurait nui à la communication nouvelle, s'adressèrent au roi, qui décida que le redressement n'aurait pas lieu; c'est par suite de cette résolution que les actions de la compagnie concessionnaire furent placées. Après la révolution, le gouvernement belge construisit un chemin de fer de Liége à Verviers et opéra le redressement de la chaussée. La compagnie, voyant dans ces travaux une violation des engagements contractés par l'Etat, demanda la résolution de la concession, le remboursement de tout ce qu'elle avait avancé et des dommages et intérêts. Ces prétentions furent repoussées par la cour de Liége et, sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet fondé sur ce que la résolution était impossible. La cour invoque le texte de l'article 1183, d'après lequel il est de l'essence de la condition résolutoire que les choses soient remises au même état que si le contrat n'avait pas existé. Il suit de là que la condition résolutoire ne peut s'appliquer aux contrats d'une nature telle, qu'il est impossible de remettre les choses dans leur état primitif. Tout ce que l'on peut demander, ce sont des dommages et intérêts contre celle des parties qui n'a point rempli ses engagements. Dans l'espèce, les obligations respectives des parties contractantes consistaient, de la part de la compagnie, à construire à ses frais la route

(1) Caen, 16 décembre 1843 (Dalloz, au mot *Rente viagère*, n° 100). Comparez une décision analogue en matière de brevets d'invention. Rejet, 27 mai 1839 (Dalloz, au mot *Brevet d'invention*, n° 215).

de la Vesdre, avec le droit d'en percevoir les péages pendant un temps déterminé et, de la part de l'Etat, à permettre la construction, la perception des péages et à ne pas autoriser le redressement de la route de la Clef. L'Etat avait manqué à ce dernier engagement, mais il était impossible de résoudre ce qui avait été fait en rendant la route à la propriété privée ; la route était dans le domaine public, et il était impossible qu'elle n'y demeurât point. Dès lors la résolution ne pouvait être prononcée (1).

§ VI. *De la condition résolutoire tacite.*

N° 1. DANS QUELS CAS IL Y A LIEU A LA CONDITION RÉSOLUTOIRE TACITE.

122. L'article 1184 porte : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. » C'est ce qu'on appelle la condition résolutoire *tacite*, parce qu'elle n'est pas stipulée par les parties contractantes ; elle est *sous-entendue* en vertu de la loi. Cette condition est d'origine coutumière, elle n'existait pas en droit romain, sinon pour les contrats innomés ; on ne la connaissait pas dans les pays de droit écrit. Pothier nous dit les motifs pour lesquels la jurisprudence admit la condition résolutoire, en cas d'inexécution des obligations, sans qu'elle eût été stipulée. D'après la rigueur des principes, la condition résolutoire devrait être stipulée ; c'est ce que l'on faisait en droit romain, sous le nom de pacte commissoire : à défaut de stipulation, chaque partie n'avait que l'action née du contrat pour en obtenir l'exécution forcée. Cette procédure n'était pas sans difficulté. Le plus souvent, dit Pothier, l'on ne peut, sans de grands frais, se faire payer de ses débiteurs. Il arrivait souvent que les frais absorbaient une partie de la créance. La résolution épargnait ces longues et coûteuses poursuites ; il suffisait d'établir le fait de l'inexécution qui ne pouvait être nié ; après un délai que le juge

(1) Rejet, 17 juillet 1845 (*Pasicrisie*, 1845, 1, 370).

accordait, la résolution était prononcée si le débiteur ne remplissait pas ses engagements (1).

Pothier ne donne pas d'autre raison que cette considération d'utilité, c'est-à-dire d'équité. Les auteurs modernes ajoutent que l'équité est d'accord avec le droit. Dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de l'une des parties est la cause de l'obligation contractée par l'autre; si donc l'une d'elles ne remplit pas ses engagements, l'obligation de l'autre cesse, par cela même, d'avoir une cause (2). Est-il bien vrai que la condition résolutoire tacite est une conséquence logique des principes qui régissent la cause? L'erreur nous paraît évidente. La cause est un élément essentiel des conventions, là où il n'y a pas de cause, il n'y a pas de contrat; mais la cause existe dès qu'il y a des obligations corrélatives, alors même que ces obligations ne seraient pas remplies : le créancier n'a-t-il pas son action pour forcer le débiteur à remplir ses engagements? Cela suffit pour qu'il y ait cause. Il n'est donc pas exact de dire que lorsque l'acheteur ne paye pas le prix, l'obligation du vendeur n'a point de cause, le vendeur a une action, et une action munie d'un privilége; il peut forcer l'acheteur à exécuter son engagement et lui, de son côté, doit remplir le sien. Voilà les vrais principes. Ce que l'on présente comme un motif de droit n'est qu'une considération d'équité. Le vendeur ne s'oblige à livrer la chose que sous la condition que l'acheteur en paye le prix; si celui-ci ne paye pas, ne remplit pas son obligation, l'équité demande que le vendeur soit aussi dégagé de l'obligation qu'il a contractée. On peut dire que telle est l'intention probable des parties contractantes; voilà pourquoi elles stipulaient le pacte commissoire. Que fait le législateur? Il le stipule pour les parties, en *sous-entendant* la condition résolutoire.

123. Dans quels contrats la condition résolutoire est-elle sous-entendue? L'article 1184 répond à la question : c'est dans les contrats synallagmatiques. Cette expression

(1) Pothier, *Du contrat de vente*, n° 476; *Des obligations*, n° 672.
(2) Larombière, t. II, p. 294, n° 1 de l'article 1184 (Ed. B., t. I, p. 430). Demolombe, t. XXV, p. 460, n° 489.

a un sens légal, puisque l'article 1102 définit le contrat synallagmatique : c'est celui dans lequel les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres, c'est-à-dire le contrat que la doctrine appelle synallagmatique parfait (1). Il suit de là que la condition résolutoire n'est pas sous-entendue dans les contrats bilatéraux imparfaits; la raison en est que ces contrats ne sont pas synallagmatiques dans le sens de la loi; donc le texte de l'article 1184 ne leur est pas applicable. L'esprit de la loi s'y oppose également. Sur quoi se fonde la condition résolutoire tacite? Sur l'intention probable des parties contractantes. Quand cette intention se manifeste-t-elle? Au moment où les parties consentent. Si, lors du contrat, une seule des parties est obligée, peut-on dire que l'autre a le droit de demander qu'elle soit dégagée de ses obligations, alors qu'elle n'a point d'obligations? La question implique une absurdité.

A plus forte raison, l'article 1184 est-il inapplicable aux contrats unilatéraux. Ici l'argument de texte prend une nouvelle force. Dire que la condition résolutoire est sous-entendue dans les contrats unilatéraux comme dans les contrats bilatéraux, c'est dire qu'elle l'est dans tous les contrats, puisque tout contrat est ou bilatéral ou unilatéral; ce serait donc effacer de l'article 1184 le mot *synallagmatiques*. Est-ce que l'interprète a le droit d'altérer le texte de la loi? Si du moins il y avait même motif de décider, on pourrait invoquer l'analogie. Mais aucune des raisons que l'on invoque pour sous-entendre la condition résolutoire dans les contrats synallagmatiques ne reçoit d'application aux contrats unilatéraux. Ces raisons se réduisent à dire que l'équité demande que si l'une des parties ne remplit pas ses engagements, l'autre soit dégagée des siennes; cela suppose que chacune des parties est obligée, ce qui exclut les contrats unilatéraux (2).

Cependant l'opinion contraire est suivie par la plupart des auteurs. Ecartons d'abord un argument qui n'est pas

(1) Voyez le tome XV de mes *Principes*, p. 490, n° 435.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 82, et note 79, § 302.

une raison juridique. « Tous les contrats, dit Troplong, marchent aujourd'hui sous l'influence des mêmes règles de loyauté et d'équité. » La loyauté n'a rien à faire dans ce débat, car ce n'est pas à cause de la mauvaise foi ou de la déloyauté du débiteur que le créancier a droit à la résolution. Quant à l'équité, nous venons de dire en quel sens elle autorise la demande en résolution quand l'une des parties manque à ses engagements ; ce motif suppose deux obligations réciproques. Veut-on généraliser la condition, en étendant, par équité, à tous les contrats ce que le texte dit des contrats bilatéraux? Nous répondons que l'interprète n'a pas ce droit. En effet, l'article 1184 établit une condition légale ; or, il n'y a de condition légale qu'en vertu d'une loi, comme il n'y a de présomption légale qu'en vertu de la loi, comme il n'y a de subrogation légale qu'en vertu d'une loi et comme sans loi il n'y aurait pas d'hypothèque légale. Quand un droit est légal, le législateur seul a le droit de l'établir ; lui seul est juge des considérations d'équité pour lesquelles il sous-entend la condition résolutoire dans certains contrats ; et lui seul pourrait appliquer à tous les contrats ce qu'il a établi pour les contrats bilatéraux.

On invoque des textes, mais les textes que l'on cite témoignent contre ceux qui y cherchent un appui. Ainsi on se prévaut des articles 952 et 954 (1), c'est-à-dire de la révocation ou résolution des donations pour cause d'inexécution des charges ; or, quand une donation est faite avec charge, elle cesse d'être un contrat unilatéral pour devenir un contrat bilatéral ; ce cas rentre donc dans le texte de l'article 1184. On cite d'autres articles qui consacrent des déchéances. Est-ce qu'une déchéance est une résolution? Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données au créancier par son contrat (art. 1188). L'article 1188 n'a rien de commun avec l'article 1184 ; nous le prouverons plus loin. Si l'usu-

(1) Duvergier sur Toullier, t. III, 2, p. 367, note *b*. Demolombe, t. XXV, p. 467, n° 495.

fruitier abuse de sa jouissance, les tribunaux peuvent prononcer l'extinction de l'usufruit (art. 618). C'est une peine, et une peine est-elle une résolution? Après avoir cité pêle-mêle un grand nombre de dispositions, toutes plus ou moins étrangères à la condition résolutoire tacite, M. Larombière ajoute : « Il faut bien l'avouer, ces divers cas de résolution ne rentrent pas dans les termes rigoureux de l'article 1184 (1). » S'ils ne sont pas compris dans l'article 1184, qui seul est relatif à la condition résolutoire tacite, il faut dire que ce sont des dispositions spéciales étrangères à notre matière. Alors pourquoi les invoque-t-on? Quant aux dispositions qui ont quelque analogie avec l'article 1184, nous les examinerons au titre sous la rubrique duquel elles sont placées.

124. Aux termes de l'article 1184, la résolution peut être demandée lorsque l'une des parties ne satisfait point à son engagement. Faut-il qu'il y ait une faute ou une négligence quelconque à reprocher à celui qui n'a pas rempli son obligation? Les auteurs répondent négativement, en se fondant sur les termes généraux de la loi qui ne distingue pas. Cela n'est-il pas trop absolu? L'article 1184 ajoute que le juge peut accorder un délai au défendeur selon les circonstances. Quelles sont ces circonstances? La loi ne le dit pas; c'est donc au juge à les apprécier; il peut, par conséquent, accorder un délai au débiteur en se fondant sur sa bonne foi et sur l'absence de toute faute. En ce sens, la négligence du débiteur peut être prise en considération par le juge et influer sur sa décision (2).

125. Si le débiteur n'avait pas exécuté son engagement par suite d'un fait imputable au créancier, celui-ci ne pourrait pas demander la résolution. Le bailleur désigne un notaire pour recevoir les fermages; le fermier se présente chez ledit notaire, lequel refuse, faute d'instructions. Il a été jugé que, dans ces circonstances, il n'y

(1) Larombière, t. II, p. 298, nos 3 et 4 de l'article 1184 (Ed. B., t. I, p. 433). Duvergier sur Toullier, t. III, 2, p. 367, note 2.
(2) Larombière, t. II, p. 303, note 6 de l'article 1184 (Ed. B., t. I, p. 434). Aubry et Rau, t. IV, p. 83, note 82. Demolombe, t. XXV, p. 468, no 497.

avait pas lieu de demander la résolution du bail, par l'excellente raison qu'il n'y avait pas inexécution de l'obligation. On objectait que le fermier aurait dû faire des offres réelles et consigner dans les formes déterminées par la loi (art. 1257 et suiv.). La cour répond que cette prétention était sans fondement : les offres réelles et la consignation ne sont prescrites que lorsque le débiteur veut se libérer. Dans l'espèce, il ne s'agissait pas de se libérer, le juge n'avait qu'une chose à voir : est-ce par la faute du créancier que le débiteur n'a pas pu se libérer? Or, le refus du mandataire de recevoir les fermages était constaté par acte d'huissier; ce qui était décisif (1).

126. Lorsqu'il y a des torts réciproques de la part de chacune des parties contractantes, c'est au juge à les peser. La cour de cassation a décidé que les juges du fait avaient un droit absolu d'apprécier les griefs de la partie envers laquelle la convention n'a pas été exécutée. Dans l'espèce, la cour de Lyon avait prononcé la résolution, bien que le demandeur eût aussi, à certains égards, contrevenu à ses engagements. L'amodiataire d'une usine avait, contrairement aux clauses du contrat, commencé l'exploitation sans l'autorisation du préfet et même contre sa défense. De ce chef, la résolution devait être prononcée. L'amodiataire objectait que, de son côté, l'amodiateur avait refusé de solliciter l'autorisation ainsi qu'il s'y était engagé. La cour répond que cela ne l'excusait pas d'avoir violé tout ensemble le contrat et une loi d'ordre public (2). On voit la différence qui existe entre cette espèce et celle qui a été jugée par la cour de Bruxelles. Il y avait inexécution, et inexécution imputable à celui qui avait manqué à ses engagements; car le mauvais vouloir de l'amodiateur n'empêchait pas l'amodiataire de demander et d'obtenir l'autorisation administrative, sauf à réclamer des dommages-intérêts contre lui.

127. L'inexécution partielle des engagements contractés par l'une des parties autorise-t-elle l'autre à demander la résolution? Si l'on s'en tenait au texte, il faudrait dé-

(1) Bruxelles, 1er mai 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 403).
(2) Rejet, 8 janvier 1850 (Dalloz, 1850, 1, 11).

cider que la résolution peut être prononcée, car la loi n'exige pas que l'inexécution soit totale. Mais, dans une matière traditionnelle qui est régie par l'équité plutôt que par le droit, il faut consulter la tradition pour interpréter le texte. Pothier commence par établir le principe que le vendeur peut demander la résolution de la vente quand l'acheteur ne paye pas le prix. Puis il ajoute : « A l'égard de toutes les autres obligations, soit du vendeur, soit de l'acheteur, c'est *par les circonstances* que l'on décide si leur inexécution doit donner lieu à la résolution du contrat; elle y donne lieu *lorsque ce qu'on m'a promis* est tel que je n'eusse pas voulu contracter sans cela. Si l'on ne peut pas assurer que je n'aurais pas voulu acheter la chose, mais seulement que je n'eusse pas voulu l'acheter si cher, je ne pourrai pas demander la résolution du contrat, mais seulement une diminution sur le prix. » Pothier applique cette distinction à l'éviction partielle qui peut, selon les circonstances, autoriser la résolution (1).

La jurisprudence est hésitante. Il a été jugé que le défaut de délivrance par le vendeur de l'un des accessoires de l'objet vendu, dans l'espèce, de la chaudière d'une machine à vapeur, donne lieu à la résolution de la vente. Cet accessoire était, il est vrai, un élément essentiel de la chose. Mais la cour de cassation a décidé, en principe, que les juges ne peuvent pas, sous le prétexte du peu d'importance des objets non délivrés, substituer arbitrairement à l'annulation du contrat une indemnité pécuniaire à payer à l'acquéreur par le vendeur (2). Les éditeurs de Zachariæ admettent ce principe, mais avec réserve : la condition résolutoire, disent-ils, s'applique même au cas d'inexécution simplement partielle, « alors du moins qu'il s'agit d'un engagement positif de donner ou de faire » ; il n'appartiendrait pas, en pareil cas, au juge de substituer à la résolution demandée par l'une des parties une indemnité à payer par l'autre (3). Nous reviendrons sur cette réserve.

(1) Pothier, *De la vente*, nos 145 et 476.
(2) Cassation, 12 avril 1843 (Sirey, 1843, 1, 281).
(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 83, § 302.

En 1866, la cour de cassation a rendu un arrêt dans le sens de Pothier, et également un arrêt de principe. « Il appartient aux tribunaux, dit la cour, de rechercher, dans les termes du contrat et dans l'appréciation de l'*intention* des parties, quelle est l'*étendue* et la *portée* de l'engagement souscrit par la partie qui y aurait manqué. » C'est la doctrine de Pothier; la cour se fonde sur l'essence même de la condition résolutoire. « La résolution prononcée par l'article 1184 est la consécration de cette *règle d'équité* qui ne permet pas de laisser un des contractants dans les liens du contrat dont l'autre partie ne lui fournirait pas l'*équivalent*. » Il faut donc voir, quand il y a inexécution partielle, si elle porte sur l'engagement principal ou sur une clause accessoire. Dans l'espèce, l'arrêt attaqué constatait que la violation de l'engagement reproché à l'une des parties ne concernait qu'une clause accessoire. La cour en conclut qu'il n'y avait pas lieu à la résolution du contrat principal, qu'une condamnation à des dommages-intérêts était une réparation suffisante (1).

Dans un arrêt plus récent, la cour de cassation consacre formellement la doctrine de Pothier, en interprétant l'article 1184 par l'article 1636 relatif à l'éviction partielle. Un établissement industriel est vendu pour 200,000 francs, sous cette condition que le vendeur s'interdit toute concurrence dans l'arrondissement où étaient situés les moulins. L'acheteur demanda la résolution de la vente pour infraction à cette clause. Il était certain que le vendeur avait manqué à son engagement; la cour de Rennes le constate. Mais, dit-elle, l'infraction n'avait que peu d'importance; les faits que l'acheteur reprochait au vendeur ne représentaient qu'une valeur insignifiante d'une vingtaine de mille francs, alors que les affaires faites par l'acheteur se chiffraient chaque année par millions. Dans une pareille situation, dit la cour, l'équité et la justice ne permettent pas de prononcer la résolution; les griefs étant relativement peu graves, il suffisait d'accorder un dédommagement à l'acheteur. La cour ne donne

(1) Rejet, de la chambre civile, 29 novembre 1865 (Dalloz, 1866, 1, 27).

d'autre motif en droit que le texte de l'article 1184 qui, selon elle, permettait de repousser l'action résolutoire. Pourvoi en cassation pour violation de l'article 1184. Cet article, dit le demandeur, ne donne pas au juge le droit de refuser la résolution, il l'autorise seulement à accorder un délai lorsque l'engagement inexécuté est encore susceptible de recevoir son exécution. La cour de cassation rejeta le pourvoi. L'article 1184, dit-elle, doit se combiner, en matière de vente, avec l'article 1636 : si l'acquéreur n'est évincé que d'une partie de la chose, il y a inexécution partielle de l'engagement contracté par le vendeur de rendre l'acheteur propriétaire. Que décide la loi? L'acheteur obtiendra la résolution de la vente si la partie évincée est de telle conséquence, relativement au tout, que l'acquéreur n'eût pas acheté sans la partie dont il a été évincé. La cour applique ce principe, par analogie, à l'espèce. Comme la vente portait sur un établissement industriel et sur la clientèle qui y était attachée, on pouvait assimiler la concurrence déloyale du vendeur à une éviction partielle ; ce qui donnait au juge du fait un pouvoir souverain d'appréciation (1).

La jurisprudence de la cour de cassation a donc varié. On a essayé de concilier les diverses décisions que nous venons de rapporter en n'appliquant la dernière qu'au cas où la résolution est demandée à raison d'une contravention à une obligation de ne pas faire (2). C'est d'abord faire dire à la cour ce qu'elle ne dit point ; il n'y a pas de trace, dans ses arrêts, de la distinction que l'on prétend établir entre l'obligation de donner ou de faire et l'obligation de ne pas faire. Le texte du code est également contraire à cette distinction ; si l'on s'en tient au texte, il faut suivre la première jurisprudence de la cour et décider que toute infraction au contrat en justifie la résolution. Enfin nous ne voyons pas que cette distinction trouve un appui dans les principes. L'article 1184 ne pose pas de principe juridique, il déroge plutôt à la rigueur du droit ; c'est,

(1) Rejet, 26 mai 1868 (Dalloz, 1869, 1, 365). Comparez Rejet, 4 mars 1872 (Dalloz, 1872, 1, 361).

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 83, § 302, note 81.

comme le dit la cour de cassation, une règle d'équité; donc le juge doit avoir en cette matière une grande latitude d'appréciation (1).

Le débiteur exécute le contrat en partie, puis des événements de force majeure l'empêchent d'en achever l'exécution. Y a-t-il lieu de prononcer la résolution? La cour de cassation s'est prononcée pour la négative. Elle a jugé, en termes trop absolus, que la loi suppose le refus du débiteur d'exécuter ses engagements; la loi ne dit pas cela. Dans l'espèce, l'équité était évidemment pour le débiteur; la révolte des nègres dans l'île de Saint-Domingue avait empêché les deux parties d'exécuter le contrat; il ne pouvait donc être question de résolution. Le propriétaire de deux riches habitations avait suivi le général Leclerc dans l'expédition entreprise pour reconquérir la colonie : il traita avec un négociant pour gérer ces établissements, dont il lui cédait le quart à titre de salaire ou de récompense pour les services qu'il en attendait. En exécution de ce traité, le négociant se rendit dans la colonie avec sa famille, mais à son arrivée, les deux habitations étaient dans les mains des noirs. Les deux parties se trouvaient dans l'impossibilité de remplir leurs obligations, le propriétaire, de délivrer le quart des habitations qu'il avait cédées et le cessionnaire, d'administrer et de surveiller la culture. Déterminée par ces considérations de fait, la cour de Poitiers refusa de prononcer la résolution du contrat et adjugea au cessionnaire le quart de l'indemnité que la loi de 1826 accordait aux colons. La décision était fondée sur l'équité plutôt que sur la rigueur du droit; elle fut maintenue par la cour de cassation (2).

128. L'article 1978 apporte une exception à la règle établie par l'article 1184 : lorsque le débiteur d'une rente n'en paye pas les arrérages, le créancier devrait avoir le droit d'agir en résolution du contrat, au moins pour la rente; l'article 1978 ne lui permet pas de demander le

(1) Comparez Larombière, t. II, p. 306, n° 10 de l'article 1184 (Ed. B., t. I, p. 435).

(2) Rejet, 27 mars 1832 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1246, 2°).

remboursement du capital, ou de rentrer dans le fonds par lui aliéné. Nous dirons, au titre des *Contrats aléatoires*, quel est le motif de cette disposition, qui n'est pas une véritable exception au principe de la condition résolutoire tacite.

On admet qu'il y a encore une exception en matière de partage; nous avons examiné la question au titre des *Successions* (1). Nous examinerons, au titre de la *Vente*, la question de savoir si la condition résolutoire existe dans les ventes mobilières; l'affirmative est certaine.

N° 2. COMMENT LA CONDITION RÉSOLUTOIRE TACITE OPÈRE.

129. La condition résolutoire expresse opère de plein droit (n° 114). Il n'en est pas de même de la condition résolutoire tacite : « dans ce cas, dit l'article 1184, le contrat n'est point résolu de plein droit. » Quelle est la raison de la différence? Le motif pour lequel la condition résolutoire expresse opère de plein droit ne reçoit pas d'application à la condition résolutoire tacite. Si la condition résolutoire stipulée par les parties opère de plein droit, c'est que telle est leur volonté, et leur volonté tient lieu de loi. La condition résolutoire tacite est sous-entendue par le législateur, elle se fonde sur des considérations d'équité, plutôt que sur des motifs de droit; or, l'équité qui la justifie n'est pas une cause absolue de révocation, ce sont les circonstances qui justifient la résolution, mais ces circonstances peuvent être telles, que la résolution ne doive pas être prononcée; nous venons d'en donner des exemples (n° 127). Voilà pourquoi le juge doit intervenir pour apprécier les faits. Il y a encore une autre raison pour laquelle la résolution ne peut pas avoir lieu de plein droit dans le cas de l'article 1184. La condition résolutoire tacite est fondée sur l'inexécution des engagements contractés par l'une des parties. Quand le débiteur ne remplit pas ses obligations, le créancier peut

(1) Voyez le tome X de mes *Principes*, p. 490, n° 460.

l'y contraindre, soit en poursuivant l'exécution directe de l'obligation, si elle consiste à donner, soit en demandant des dommages-intérêts. Le créancier a donc deux droits en cas d'inexécution ; l'article 1184 le dit : « La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention, lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. » Cette option entre deux droits nécessite une manifestation de volonté ; dès lors il ne peut être question d'une résolution de plein droit, cette résolution priverait la partie intéressée de l'un des droits qui lui appartiennent, du droit de poursuivre l'exécution forcée du contrat. Mais une simple manifestation de volonté ne suffit point, car le droit à la résolution n'est pas un droit absolu, il est subordonné à l'appréciation des circonstances. Voilà pourquoi le juge doit intervenir pour prononcer la résolution. C'est la différence essentielle qui existe entre la condition résolutoire expresse et la condition résolutoire tacite : la première a lieu par la volonté des parties et l'autre résulte de la décision du juge.

130. De là suit que, dans le cas de résolution expresse, le juge, régulièrement, n'intervient point. C'est le contrat qui d'avance a prononcé la résolution si tel événement arrive ; dès l'instant où la condition s'accomplit, le contrat est résolu. Il n'y a rien à demander, il n'y a donc pas d'action à intenter. Quand il y a une contestation sur le point de savoir si réellement la condition s'est accomplie telle que les parties l'avaient stipulée, le débat doit naturellement être porté devant les tribunaux, mais la seule question que le juge aura à décider, c'est la question de fait. Ce n'est pas lui qui prononcera la résolution, il se bornera à déclarer que la condition étant accomplie, le contrat est résolu en vertu de la volonté des parties contractantes. Le juge n'aurait pas même besoin de faire cette déclaration, il suffit qu'il soit constaté que la condition s'est réalisée ; dès lors la volonté des parties reçoit son exécution et le contrat est résolu. A plus forte raison le juge ne peut-il pas décider que le contrat ne sera pas résolu, quoique la condition résolutoire soit accomplie.

Ce serait violer l'article 1134, d'après lequel la convention tient lieu de loi, et cette loi oblige le juge aussi bien que les parties contractantes.

131. Le principe établi par l'article 1184, que la condition résolutoire n'opère pas de plein droit, reçoit des exceptions. En matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente a lieu de plein droit, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement (art. 1657). Nous reviendrons sur cette disposition au titre de la *Vente*.

Il y a des cas dans lesquels la loi prononce la résolution, en se fondant sur la volonté tacite des parties contractantes. Aux termes de l'article 1913, le débiteur d'une rente perpétuelle peut être contraint au rachat s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années. Il a été jugé que, dans ce cas, la résolution du contrat ne doit pas être demandée en justice; le créancier peut procéder par voie de commandement et d'exécution s'il a un titre authentique. Nous reviendrons sur ce point au titre des *Contrats aléatoires*. On cite encore l'article 960, qui prononce la révocation de la donation pour cause de survenance d'enfants, mais cette disposition n'a rien de commun avec la condition résolutoire tacite (1).

132. L'article 1184 dit que la résolution doit être demandée en justice. Faut-il que l'action judiciaire soit précédée d'une mise en demeure? Nous ne poserions pas la question, tellement la réponse nous paraît évidente, si un auteur estimé ne répondait le pour et le contre dans un même numéro. M. Larombière commence par établir en principe que le créancier doit préalablement constituer son débiteur en demeure, alors du moins qu'il ne s'agit que d'un simple retard; il donne pour raison que l'action résolutoire est une action extrême en dédommagement. Cela n'est pas exact, le texte même de la loi le prouve; l'article 1184 porte que le créancier peut demander la *résolution avec dommages-intérêts;* donc la résolution ne tient pas lieu de dédommagement. Le bon sens,

(1) Comparez Duranton, t. XI, p. 101, n° 89.

d'ailleurs, le dit. Quel est l'effet de la résolution? C'est de replacer les choses au même état que si le contrat n'avait pas existé : est-ce que cela indemnisera le créancier de la perte qu'il a éprouvée par l'inexécution du contrat et du gain qu'il n'a point fait? Après avoir dit que le créancier *doit* constituer son débiteur en demeure avant d'intenter l'action, M. Larombière ajoute qu'il ne faut cependant pas nécessairement une sommation, que le débiteur est suffisamment mis en demeure par la citation donnée en justice. C'est dire non, après avoir dit oui (1).

La jurisprudence des cours de Belgique est conforme à notre opinion. Il a été jugé qu'il ne faut pas de mise en demeure préalable, à moins que le contrat n'impose cette obligation (2). On conçoit l'intérêt qu'a le débiteur à être constitué en demeure avant que le procès s'intente : c'est qu'il veut se réserver un moyen de prévenir le procès. La sommation l'avertira que le créancier est décidé à exercer son droit à la rigueur.

133. Aux termes de l'article 1184, « il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. » C'est une conséquence du principe que la résolution, dans le cas de l'article 1184 : n'est pas un droit absolu. Quand les parties stipulent une condition résolutoire, on ne conçoit pas que le juge arrête la résolution en accordant un délai. Mais lorsque la résolution est fondée sur l'inexécution du contrat, le juge est ministre d'équité, et l'équité peut exiger que le contrat ne soit pas résolu immédiatement. C'est en ce sens que le rapporteur du Tribunat a expliqué l'article 1184 : « L'autorisation donnée aux tribunaux de pouvoir, dans ce cas, accorder un délai ne porte point atteinte au principe déjà consacré, que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Ici la résolution du contrat est demandée par celui-là même qui pouvait en poursuivre l'exécution. Le délai qu'il est permis au juge d'accorder au débiteur pour exécuter l'acte

(1) Larombière, t. II, p. 352, n° 44 (Ed. B., t. I, p. 452).
(2) Liége, 22 février 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 224) et 1er juin 1835 (*ibid.*, 1835, 2, 224). Il y a des arrêts des cours de France, en sens contraire ; nous les citerons au titre *de la Vente*.

avant que la résolution soit acquise est fondé sur l'*humanité*... Il tend à venir au secours de celui que des *circonstances malheureuses* ont empêché de remplir à jour fixe les engagements qu'il a contractés (1). » Les expressions d'*humanité* et de *circonstances malheureuses* ne sont pas bien choisies, elles restreignent l'application de la loi dans des limites trop étroites. La loi les emploie en parlant de la cession de biens que le débiteur *malheureux* et de bonne foi peut demander en justice (art. 1268); le cas où le débiteur est dans l'impossibilité d'acquitter intégralement ses dettes n'a rien de commun avec le cas où le débiteur demande un délai pour les remplir. Le juge s'inspirera de l'équité qui gouverne toute cette matière.

On demande quelles sont les *circonstances* que le juge peut prendre en considération? Nous répondons avec la cour de Bordeaux que la loi ne les ayant pas définies, a laissé par cela même la plus grande latitude au juge (2). Il est inutile de donner des exemples et de citer des applications : le juge décide souverainement comme ministre d'équité.

134. Pothier nous apprend comment on procédait jadis quand le vendeur demandait la résolution de la vente pour défaut de payement du prix. Le juge rendait une première sentence, par laquelle il fixait un certain délai dans lequel il ordonnait que l'acheteur serait tenu de payer, passé lequel temps il serait permis au vendeur de rentrer en possession de la chose vendue. Si l'acheteur ne payait pas dans ce délai, le vendeur devait obtenir une seconde sentence qui, faute par l'acheteur d'avoir satisfait à la première, déclarait le contrat de vente résolu (3). Le code ne prescrit pas cette manière de procéder, bien que la rédaction de l'article 1184 la suppose. On peut donc abréger la procédure : le juge prononcera immédiatement la résolution en la subordonnant à la seule condition que

(1) Rapport de Favard, n° 61 (Locré, t. VI, p. 197).
(2) Bordeaux, 8 août 1829 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 688).
(3) Pothier, *De la vente*, n° 476; *Des obligations*, n° 672.

le défendeur n'aura pas satisfait à ses engagements dans le délai que la sentence lui accorde (1).

135. Le débiteur peut-il empêcher la résolution en exécutant ses engagements, et jusqu'à quel moment le peut-il? On enseigne, et avec raison, que le débiteur est admis à payer jusqu'à ce que le juge ait prononcé la résolution du contrat. En effet, le créancier n'a jamais un droit strict à la résolution, car ce n'est pas en vertu du contrat qu'elle a lieu, c'est le juge qui la prononce par des considérations d'équité. Donc quand même un premier jugement aura accordé un délai et que le débiteur ait laissé passer le délai sans exécuter ses engagements, il pourra encore payer dans la seconde instance; le contrat subsiste, et tant que le contrat n'est point résolu, le débiteur est admis à l'exécuter. Il y a plus; la résolution ne devient définitive que lorsque le jugement a acquis l'autorité de chose jugée. Le défendeur peut interjeter appel, l'appel anéantit le jugement de première instance; le contrat conserve donc sa force et, par suite, le débiteur a le droit de payer pendant l'instance d'appel (2).

136. D'après l'article 1184, la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix de demander la résolution de la convention ou d'en poursuivre l'exécution. Le droit de résolution, qui n'est qu'une faculté fondée sur l'équité, ne peut pas porter atteinte au droit strict que le créancier a, en vertu du contrat, d'en exiger l'exécution forcée. Il en est autrement dans le cas de la condition résolutoire expresse. Quand les parties ont stipulé la condition résolutoire, elles ne peuvent plus, après l'accomplissement de la condition, demander l'exécution de la convention : dès que la condition se réalise, il n'y a plus de contrat, il est donc impossible d'en poursuivre l'exécution. Il y a plus; quand même les parties seraient d'accord pour maintenir le contrat, elles ne le pourraient pas; elles ne peuvent pas valider un contrat qui, par leur

(1) Larombière, t. II, p. 355, n° 49 de l'article 1184 (Ed. B., t. I, p. 453).
(2) Demolombe, t. XXV, p. 482, n° 515. Larombière, t. II, p. 353, n° 46 (Ed. B., t. I, p. 453).

propre volonté, est considéré comme n'ayant jamais existé ; ce serait anéantir la condition résolutoire et l'effet qu'elle a produit ; or, c'est là un fait accompli qu'aucune puissance humaine ne peut effacer. Sans doute les parties sont libres de convenir, quand une vente est résolue, que l'acheteur conservera la propriété de la chose et le vendeur le prix ; mais cet accord serait une nouvelle vente, et il en résulterait une nouvelle transmission de la propriété. C'est une conséquence logique de la condition résolutoire expresse, elle opère de plein droit ; donc quand elle s'accomplit, le vendeur est censé avoir toujours été propriétaire ; l'acheteur n'a jamais eu de droit sur la chose ; pour mieux dire, il n'y a ni vendeur ni acheteur, puisqu'il n'y a pas eu de vente. Donc ce n'est qu'en vertu d'une nouvelle vente que l'ancien acheteur peut devenir propriétaire.

137. Celui qui a le droit d'agir en résolution peut y renoncer et s'en tenir à l'exécution du contrat. La faculté de renoncer ne saurait être contestée. Il s'agit de droits qui sont d'intérêt privé, et chacun est libre de renoncer à ce qui n'est établi qu'en sa faveur. L'intérêt général, loin d'être contraire à cette renonciation, la réclame lorsque le propriétaire sous condition résolutoire a fait des actes de disposition ; ces actes tomberaient si la résolution était prononcée ; ils subsisteront, au contraire, si le créancier renonce à l'action résolutoire. En effet, tant que la résolution n'est pas prononcée, le contrat subsiste, et la renonciation rendant la résolution impossible, le contrat continuera de subsister ; par conséquent, l'acquéreur restera propriétaire et tous les droits par lui concédés seront maintenus.

138. La renonciation à la faculté d'agir en résolution peut être expresse ou tacite. C'est le droit commun, puisque la renonciation est une manifestation de volonté ; or, le consentement peut être tacite aussi bien qu'exprès. La renonciation tacite, comme tout consentement tacite, donne lieu à des difficultés. Il faut se garder de la confondre avec une renonciation présumée. La renonciation ne se présume jamais ; il y a plus, les renonciations sont

de droit étroit, comme le dit la cour de Bordeaux (1); on les admet difficilement, car on ne renonce guère à un droit utile. Il faut donc, pour qu'il y ait renonciation, que le fait d'où on l'induit ne laisse aucun doute sur la volonté qu'a le créancier de renoncer au droit de résolution (2). La question devient une difficulté de fait, puisqu'il s'agit d'apprécier l'intention du créancier. Un père intervient dans l'arrangement que son fils fait avec ses créanciers; il s'oblige à cautionner les engagements pris par le fils, sous la condition que le cautionnement n'aurait d'effet que si le fils obtenait le consentement de tous ses créanciers; il était stipulé, en outre, que le père s'emparerait et disposerait de l'actif de son fils. Celui-ci négligea de demander la signature de tous les créanciers; le père, poursuivi, demanda la résolution du cautionnement. On lui opposa qu'il avait exécuté le concordat, en ce qu'il lui était favorable, en intervenant dans les affaires de son fils; il ne pouvait dès lors en demander la résolution (3).

Par contre, il a été jugé qu'il n'y avait pas renonciation dans l'espèce suivante. Le créancier d'une rente viagère stipule le droit de résolution; il cède son rang d'hypothèque et de privilége aux prêteurs qui avaient avancé les deniers avec lesquels le débirentier avait acheté le fonds, une partie du prix étant affectée à la création de la rente viagère. Le créancier avait deux droits, l'action en résolution du contrat et l'action personnelle garantie par un privilége; renoncer au rang que lui donnait son privilége n'impliquait pas la renonciation au droit d'agir en résolution (4).

139. Le créancier qui a le droit d'agir en résolution a aussi le droit de poursuivre l'exécution du contrat. Renonce-t-il à l'un de ces droits en exerçant l'autre? Supposons qu'il commence par demander l'exécution : dans ce cas, il n'y a guère de doute; on enseigne généralement

(1) Bordeaux, 11 juillet 1832 (Dalloz, au mot *Rentes constituées*, n° 181, 2°),

(2) Larombière, t. II, p. 420, n°s 99 et 100 de l'article 1184 (Éd. B., t. I. p. 478).

(3) Cassation, 20 août 1833 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1227).

(4) Bordeaux, 11 juillet 1832 (Dalloz, au mot *Rentes constituées*, n° 181, 2°).

que le créancier conserve son choix, c'est-à-dire que si le débiteur n'exécute pas la convention, le créancier pourra intenter l'action résolutoire. La raison en est bien simple. Quand le créancier peut-il agir en résolution? Lorsque le débiteur ne satisfait point à son engagement. Donc avant de demander la résolution, il est naturel que le créancier demande l'exécution du contrat. Tel est d'ailleurs là le vrai droit du créancier, le droit que lui donne son contrat; c'est seulement quand il ne parvient pas à obtenir l'exécution qu'il se décidera à former l'action résolutoire. Donc en poursuivant l'exécution, il ne manifeste pas la volonté de renoncer à la résolution ; il a deux droits : il exerce d'abord celui qui est inhérent au contrat, sauf ensuite à agir en résolution; il n'y a là aucune intention de renonciation (1).

Si le créancier commence par demander la résolution, pourra-t-il encore poursuivre l'exécution? L'affirmative nous paraît certaine, bien que la question soit controversée. En effet, la loi n'exige pas que le créancier mette le débiteur en demeure avant d'agir en résolution ; il suffit qu'il soit constant que le débiteur ne satisfait point à son engagement pour que le créancier puisse demander la résolution. Le créancier, qui a le choix, peut donc former d'abord l'action résolutoire : manifeste-t-il par là l'intention de renoncer à l'exécution du contrat? Du tout; quand un créancier demande la résolution du contrat, ce n'est pas parce qu'il ne veut pas l'exécution, c'est parce qu'il ne peut pas l'obtenir; c'est à cause de la difficulté d'obtenir le payement que l'ancienne jurisprudence a introduit l'action résolutoire. Donc quand le créancier agit en résolution, son action ne prouve qu'une chose, c'est qu'il n'a pas pu obtenir l'exécution; mais il n'y renonce pas; c'est toujours là son droit essentiel, c'est pour cela qu'il a contracté. Si donc, dans le cours de l'action résolutoire, il aperçoit des chances d'obtenir son payement, pourquoi ne pour-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 172, n° 104 *bis* II. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 382, note 8; Massé, *Droit commercial*, t. III, p. 370, n° 1839. Larombière, t. II, p. 415, n° 96 de l'article 1184 (Éd. B., t. I, p. 476). Demolombe, t. XXV, p. 494, n°s 529 et 530.

rait-il pas abandonner l'action et poursuivre l'exécution du contrat? On objecte un vieil adage : *Electa una via, non datur recursus ad alteram*. L'objection prouve trop, car on pourrait aussi opposer l'adage dans la première hypothèse, lorsque le créancier agit d'abord en exécution, puis en résolution; et cependant les auteurs s'accordent presque tous à lui permettre de changer de voie. L'adage, après tout, ne prouve rien; il suppose qu'en prenant l'une des voies on renonce à l'autre; or, dans l'espèce, cette volonté de renoncer n'existe point (1).

La cour de cassation a consacré la doctrine que nous enseignons. Elle a décidé, en principe, que le créancier qui a deux droits, l'action hypothécaire et l'action résolutoire, n'est pas présumé renoncer à celle-ci parce qu'il exerce la première. Les deux actions, dit la cour, lui sont données pour atteindre le même but, le payement de la créance. S'il convient au créancier de donner la préférence à l'action hypothécaire, c'est sous la condition sous-entendue que cette action sera efficace. Si, contre son attente, sa demande en collocation est écartée, il peut reprendre l'action résolutoire qu'il n'avait pas abandonnée, mais dont il avait seulement suspendu l'exercice jusqu'à l'issue de la procédure d'ordre (2). Ces motifs s'appliquent aussi à l'hypothèse où le créancier commence par agir en résolution : commencer par l'une des voies, ce n'est pas renoncer à l'autre. En effet, toute renonciation est de droit étroit, il suffit qu'il y ait doute sur la volonté de renoncer pour qu'on ne puisse pas l'admettre.

140. Faut-il appliquer les mêmes principes au cas où le créancier demande le payement contre un sous-acquéreur, en se présentant à l'ordre pour être colloqué? peut-il après cela demander la résolution? C'est l'hypothèse dans laquelle a été rendu l'arrêt de la cour de cassation que nous venons de rapporter (n° 139). La cour ne distingue

(1) Demolombe, t. XXV, p. 498, n° 531. En sens contraire, Massé, *Droit commercial*, t. III, p. 373, n° 1841, et la plupart des auteurs cités à la note 1 de la page 154.
(2) Rejet, 11 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 1, 256).

pas cette hypothèse de celle où le débat existe entre le vendeur primitif et l'acheteur, et il n'y a pas lieu de distinguer, les principes étant identiques. La question est cependant controversée, et nous devons nous y arrêter un instant pour combattre les motifs que l'on donne en faveur de l'opinion contraire. Se présenter à l'ordre, dit Troplong, c'est ratifier la vente faite par l'acquéreur. L'expression, au moins, est mauvaise et, en droit, on devrait parler un langage juridique. On *ratifie* ou l'on *confirme* un acte vicié et nul à raison du vice qui l'entache. Est-ce que la vente faite par l'acquéreur est nulle? Qu'importe qu'il n'ait pas payé son prix? Il n'en est pas moins propriétaire et il transmet la propriété au sous-acquéreur, sauf, au vendeur primitif, à agir en résolution. Troplong continue et dit que « le vendeur qui se présente à l'ordre pour être payé acquiesce à la transmission de la propriété entre les mains du tiers acquéreur; il s'interdit, par conséquent, le droit de venir ensuite faire résoudre ce qui a été consommé sous ses yeux, avec son concours et sa participation. » Quoi! se présenter à l'ordre pour obtenir son payement, c'est concourir à la vente! La vente s'est faite sans participation aucune du premier vendeur; en agissant en résolution, il n'attaque pas même directement cette vente, il agit contre son acheteur. Sans doute, la résolution réagira contre le second acquéreur, et la bonne foi, dit Troplong, s'oppose à ce que le tiers acquéreur soit inquiété par celui-là même qui a *ratifié* l'acte. Encore la *ratification!* Ne dirait-on pas qu'à force de répéter un mot qui, dans l'espèce, n'a pas de sens, on lui donne la force d'un argument invincible? La bonne foi n'a rien à faire dans ce débat, pas plus que la ratification. Sous l'empire du code civil, le tiers acquéreur pouvait se plaindre, non du vendeur qui agit en résolution, mais du législateur; les transmissions immobilières étaient secrètes, les tiers acheteurs n'avaient aucun moyen de s'assurer de l'existence de l'action résolutoire, ils n'avaient aucun moyen de l'effacer. La législation nouvelle a corrigé le défaut du code civil: les tiers sont avertis par la publicité, ils peuvent, en purgeant, effacer l'action résolutoire; donc ils ne sont pas

trompés. Que vient-on donc parler de bonne foi (1)?

141. Le code civil compromettait les droits des tiers; ceux-ci pouvaient être évincés par l'action résolutoire du vendeur, quoiqu'ils n'eussent aucun moyen de la connaître ni d'en prévenir les effets. Notre loi hypothécaire, ainsi que la loi française sur la transcription, ont subordonné la conservation de l'action résolutoire du vendeur à la conservation du privilége : si le privilége s'éteint, l'action en résolution s'éteint également; de plus, en remplissant les formalités de la purge, l'acquéreur efface l'action résolutoire en même temps que les priviléges et les hypothèques qui grèvent l'immeuble. Nous exposerons le nouveau système au titre des *Hypothèques*. Ici il suffira de remarquer que l'innovation n'apporte qu'un remède partiel au vice que nous venons de signaler. Les lois nouvelles ne s'appliquent qu'à l'action en résolution du vendeur pour défaut de payement du prix; c'est le cas le plus fréquent de résolution et le danger qui surtout menace les tiers acquéreurs. Toutefois il y a d'autres causes de résolution que les lois nouvelles ne prévoient point, qui, par conséquent, ne sont pas soumises à la publicité. Les droits du tiers acheteur ne sont donc pas entièrement sauvegardés. Mais l'interprète doit accepter la loi avec ses imperfections : le juge est appelé à appliquer la loi, et non à la corriger (2).

142. La condition résolutoire tacite exige une action en justice, tandis que la condition résolutoire expresse opère de plein droit. De là la question de savoir qui peut se prévaloir de la résolution, selon qu'elle résulte d'un jugement ou de la loi. La position de la question suffit pour la résoudre. Puisque la condition résolutoire tacite n'opère que par une action en justice, la conséquence est que celui-là seul qui a le droit d'agir peut se prévaloir de la résolution. C'est la partie envers laquelle l'engagement

(1) Larombière, t. II, p. 416, n° 96 de l'article 1184 (Éd. B., t. I, p. 476). Demolombe, t. XXV. p. 501, n°s 535 et 536. En sens contraire, Troplong, *des Hypothèques*, t. I, n° 225; *de la Vente*, t. II, n° 659.

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 175, n° 205 *bis* VI. Larombière, t. II, p. 373, n°s 64 et 65 de l'article 1184 (Éd. B., t. I, p. 463, 464).

n'a point été exécuté qui seule a le droit de demander la résolution, si mieux elle n'aime en poursuivre l'exécution; c'est donc elle seule, partie en cause, qui profite de la résolution prononcée par le juge, le jugement n'ayant d'effet qu'entre les parties plaidantes. Il en est autrement de la condition résolutoire expresse. Elle opère de plein droit; du moment où la condition s'accomplit, le contrat est résolu, comme s'il n'avait jamais existé; donc ce contrat ne peut produire aucun effet au profit de personne ni contre personne. Des tiers peuvent se prévaloir de la résolution. Si, par exemple, la chose était possédée par un tiers détenteur, il pourrait repousser l'action en revendication qui serait intentée contre lui par le propriétaire dont le droit est anéanti par la condition résolutoire (1).

143. La résolution volontaire produit-elle les mêmes effets que la résolution judiciaire? Comme cette question se présente surtout en matière de vente, nous l'ajournons au titre qui est le siége de la difficulté.

N° 3. EFFETS DE LA CONDITION RÉSOLUTOIRE TACITE.

144. Nous avons dit quels sont les effets de la condition résolutoire expresse (nos 113 et suiv.). Ces effets sont-ils les mêmes quand la résolution est prononcée par le juge en vertu de l'article 1184? En règle générale, oui. Cela résulte du texte et de l'esprit de la loi. L'article 1168 définit la condition résolutoire; l'article 1183 en règle les effets lorsqu'elle s'accomplit. Cet article suppose que la condition a été stipulée par les parties contractantes. Puis vient l'article 1184 qui définit la condition résolutoire tacite et pose le principe que cette condition n'opère pas de plein droit; c'est la seule différence que la loi établisse entre la condition résolutoire expresse et la condition résolutoire tacite; il faut donc dire que les effets sont les mêmes, sauf l'exception qui résulte de l'article 1184 avec les conséquences qui en découlent. La loi donne le nom de condition résolutoire à la condition qu'elle sous-entend

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 171, n° 104 *bis* I.

dans les contrats synallagmatiques; elle n'en détermine pas les effets, sauf en ce qui concerne la manière dont elle opère. Il nous semble que la conséquence est évidente : les effets sont identiques. La loi pourrait sans doute être rédigée plus méthodiquement, mais le code n'est pas un manuel. D'ailleurs les principes ne laissent aucun doute : la condition résolutoire, par sa nature même, produit les effets que la loi et la doctrine y attachent; or, la condition résolutoire tacite est une condition résolutoire, l'article 1184 la qualifie ainsi; cela est décisif. Le principe n'est pas douteux (1); il y a cependant des controverses dans l'application.

145. La condition résolutoire tacite rétroagit-elle quand elle est prononcée par le juge? On admet généralement l'affirmative, et avec raison. Il est vrai que l'article 1184 ne le dit point; mais le seul but de l'article 1184 est d'établir la différence qui existe entre la condition expresse et la condition tacite en ce qui concerne la manière dont elles opèrent; quant aux autres effets, ils sont identiques (n° 144); ce qui est décisif. Il est d'ailleurs de l'essence de la condition résolutoire de remettre les choses au même état que s'il n'y avait pas eu de contrat. Si la condition résolutoire ne rétroagissait pas, ce ne serait pas une condition, ce serait un terme; on ne pourrait pas dire que le contrat est résolu, il faudrait dire qu'il prend fin, qu'il cesse pour l'avenir.

Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Lyon, assez confus. Le tribunal de première instance avait décidé que le contrat litigieux était un bail; or, la condition résolutoire ne reçoit pas d'application au bail. La cour jugea que le contrat tenait du bail et de la vente, ce qui rendait douteuse l'application de l'article 1184. On ne trouve qu'un argument dans les considérants, c'est que la résolution étant prononcée par le juge, elle ne saurait rétroagir. La raison est mauvaise (2). Il est vrai que le juge prononce la résolution, mais c'est en vertu de la loi;

(1) Duranton, t. XI, p. 101, n° 88.
(2) Lyon, 29 juin 1855 (Dalloz, 1857, 1, 281).

et pourquoi la loi lui permet-elle de la prononcer? Elle se fonde sur l'intention probable des parties contractantes. Et la volonté tacite n'a-t-elle pas le même effet que la volonté expresse? L'arrêt de la cour de Lyon a été cassé.

146. Quel est l'effet de la rétroactivité entre les parties contractantes? On applique le droit commun : les choses sont remises au même état que si le contrat n'avait pas existé. Si le contrat a produit des effets qui ne peuvent pas être anéantis, en faudra-t-il conclure que la résolution ne pourra pas être prononcée? Telle était la difficulté qui se présentait, devant la cour de Lyon, dans l'espèce suivante. Une mine est amodiée pour trente-six ans; l'amodiataire cède les avantages et les charges de son contrat moyennant 300,000 francs, payables par tiers. Le cessionnaire paya les deux premiers termes, il ne paya pas le troisième et il n'acquitta pas les redevances qui étaient imposées au concessionnaire. Par suite, la résolution du contrat fut prononcée. Mais comment fallait-il entendre la résolution? était-ce une résolution rétroactive qui remettait les choses au même état que s'il n'y avait pas eu de contrat? La cour de Lyon dit qu'il était impossible de faire rétroagir la résolution. En effet, dit l'arrêt, la jouissance transmise au cessionnaire avait pour objet une exploitation houillère; le contrat assurait donc au cessionnaire une série de produits successifs provenant de la substance de la chose et l'amoindrissant dans une proportion égale à leur valeur; ces produits étaient réputés représenter autant de ventes partielles qui se consommaient par le fait de la perception; une fois la perception faite, tout était accompli, la restitution ne pouvait se faire; par conséquent, il ne pouvait s'agir de rétroactivité. La cour de cassation, au contraire, pose comme principe que la rétroactivité établie par l'article 1183 s'applique au cas de condition résolutoire tacite comme au cas de condition résolutoire expresse; il faut donc l'appliquer au contrat qui a pour objet la cession du droit d'exploiter, pendant un certain nombre d'années, les diverses couches de houille existant dans un périmètre déterminé,

quand le contrat vient à être résolu par la faute de l'amodiataire, après avoir reçu en partie son exécution. Il est vrai qu'il n'était plus possible à l'amodiataire de rendre la mine dans l'état où il l'avait prise, mais il pouvait la remettre dans l'état où elle se trouvait, sauf aux tribunaux à régler ce qu'il était tenu de restituer à raison de la jouissance qu'il avait eue et les dommages-intérêts qu'il devait payer (1).

147. La rétroactivité de la condition a-t-elle effet à l'égard des tiers? Oui, et sans doute aucun; le contrat étant résolu comme s'il n'avait jamais existé, le propriétaire sous condition résolutoire n'a eu aucun droit sur la chose, donc tous les droits qu'il a concédés viennent à tomber avec le sien. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (2). Il y a cependant une réserve à faire pour les ventes mobilières. L'action contre les tiers est une action en revendication; or, les meubles corporels ne peuvent pas être revendiqués contre les tiers possesseurs de bonne foi (art. 2279) (3). Par suite, la résolution n'a aucun effet à leur égard; elle aurait effet dans les cas où, par exception, la revendication est admise. Les meubles incorporels restent dans le droit commun; par conséquent, l'action en résolution aura effet contre les tiers détenteurs (4).

148. Le créancier qui demande la résolution peut-il agir directement contre les tiers détenteurs? Nous avons dit qu'il a ce droit lorsqu'il s'agit d'une condition résolutoire expresse. Dans ce cas, il n'y a pas d'action en résolution, le contrat est résolu de plein droit, et avec le contrat tombent les droits des tiers. La résolution peut être opposée aux tiers en ce sens que le propriétaire qui revendique peut se prévaloir de la résolution, de même que les tiers peuvent l'invoquer (n° 142). Il n'en est pas de même de la condition résolutoire tacite. Elle doit être demandée en justice, donc jusqu'au jugement le contrat subsiste, ainsi que les actes de disposition faits en vertu

(1) Cassation, 31 décembre 1856 (Dalloz, 1857, 1, 281).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 85, note 89, § 302.
(3) Paris, 10 août 1832 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1215).
(4) Larombière, t. II, p. 432, n° 112 de l'article 1184 (Ed. B., t. I, p. 482).

du contrat. De là suit que le contrat doit, avant tout, être résolu. Et contre qui l'action résolutoire doit-elle être intentée? C'est une action essentiellement personnelle, puisqu'elle naît de l'inexécution d'un contrat; elle ne peut donc être formée que par le créancier contre le débiteur. C'est seulement quand le contrat aura été résolu par sentence du juge que le créancier pourra agir contre les tiers détenteurs, non comme créancier, mais comme propriétaire; son action est une action en revendication, et non une action en résolution. Quand le propriétaire revendique contre les tiers, peut-il leur opposer le jugement qui a prononcé la résolution du contrat? Non, car la résolution n'existe qu'en vertu d'un jugement, et le jugement n'a aucun effet à l'égard des tiers qui n'ont pas été parties en cause. Pour éviter un nouveau procès, le créancier qui demande la résolution doit avoir soin de mettre le tiers acquéreur en cause dans l'instance en résolution; le jugement sera, en ce cas, commun au débiteur et aux tiers et, par suite, le créancier pourra immédiatement conclure à la revendication. Ainsi, s'il s'agit d'une vente, l'action sera intentée simultanément contre l'acheteur et contre le tiers acquéreur, et le tribunal prononcera tout ensemble la résolution et la revendication (1).

149. Dans notre opinion, le vendeur n'a pas le droit d'agir en résolution contre le tiers acquéreur, il doit former son action contre l'acheteur qui n'a pas satisfait à son engagement, sauf à mettre le sous-acquéreur en cause s'il veut éviter un second procès (2). La doctrine, en ce point, est indécise, et il y a un arrêt en sens contraire de la cour de cassation de Belgique très-net et très-précis; mais la cour se trompe, à notre avis. Le tribunal de première instance de Bruxelles avait jugé dans le sens de notre opinion; les motifs qu'il donne nous paraissent irréfutables. Il s'agissait de l'action du vendeur primitif; l'acheteur avait revendu sans avoir payé le prix. L'obligation par lui contractée de payer le prix n'engendre

(1) Demolombe, t. XXV, p. 488, nos 520 et 521. Comparez Larombière (assez confus), t. II, p. 390, no 70 de l'article 1184 (Ed. B., t. I, p. 468).
(2) Colmet de Santerre, t. XI, p. 117, no 95.

qu'une action personnelle, laquelle est étrangère au tiers acquéreur, à moins que celui-ci, en achetant, ne se soit obligé personnellement envers le vendeur primitif, ce qui n'était pas le cas. Ainsi aucune action personnelle ne peut être dirigée contre le tiers acquéreur; celui-ci ne peut être tenu qu'à raison de la chose qu'il détient, il doit la restituer quand le titre en vertu duquel elle lui a été transmise est résolu; cette action est purement réelle, c'est une action en revendication. Or, pour revendiquer, il faut être propriétaire. La difficulté se réduit donc à savoir si le vendeur est propriétaire au moment où il agit directement contre le tiers acquéreur. Comment le serait-il alors que le contrat par lequel il s'est dépouillé de la propriété subsiste jusqu'au moment où il est résolu par sentence du juge? Le vendeur peut sans doute demander cette résolution, mais il faut qu'il la demande; et il ne suffit pas qu'il la demande, car le juge peut ne pas la prononcer. La conclusion est irréfragable: avant d'agir en revendication contre le tiers acquéreur, il faut que le vendeur fasse prononcer la résolution contre l'acquéreur primitif.

Ce jugement a été réformé par la cour de Bruxelles. L'arrêt est très faiblement motivé; il se borne à déclarer que l'action en délaissement contre le tiers acquéreur dérive d'un *droit réel;* qu'à ce titre elle peut être directement intentée contre un sous-acquéreur, sauf à celui-ci à demander la mise en cause de l'acheteur primitif. Le premier juge avait d'avance répondu à cette singulière argumentation. On prétend que le vendeur qui, avant toute résolution, agit directement contre le tiers acquéreur, agit en vertu d'un *droit réel*. Quel serait bien ce droit réel? La propriété? Il l'a abdiquée; c'est l'acheteur qui est devenu propriétaire, et il conserve la propriété jusqu'à ce que le tribunal ait prononcé la résolution de la vente qui lui a transmis la propriété. L'acheteur a transmis son droit au sous-acquéreur; donc au moment où une action en revendication est intentée contre le second acquéreur, celui-ci est propriétaire; le vendeur revendique donc contre le propriétaire! Voilà une hérésie juridique, s'il en fut jamais.

La cour de cassation confirma l'arrêt de la cour de Bruxelles (1). Elle commence par dire que l'action en résolution, ayant pour objet de révoquer la vente, tend directement à faire rentrer le vendeur dans la propriété de la chose qu'il n'avait aliénée que sous une condition tacite qui affecte les transmissions ultérieures de la propriété de cette même chose. On aperçoit déjà la source de l'erreur où est tombée la cour de cassation, c'est la théorie traditionnelle d'une catégorie d'actions qui seraient tout ensemble personnelles et réelles ou, comme on dit à l'école, *actiones personales in rem scriptæ;* vrai monstre juridique, car il est juridiquement impossible qu'une seule et même action soit personnelle, c'est-à-dire dirigée contre le débiteur et ne pouvant être dirigée que contre lui, et réelle, c'est-à-dire dirigée contre la chose et ne pouvant être dirigée que contre elle. C'est cependant là ce que soutient notre cour de cassation. L'action en résolution du vendeur, action personnelle, participe de la nature des actions réelles ; elle est donc personnelle-réelle : voilà le monstre, voilà l'erreur. La conclusion est que l'action peut être intentée contre le détenteur de la chose. La cour ne s'aperçoit pas qu'il y a ici deux actions essentiellement différentes, une action personnelle contre l'acheteur et une action réelle en revendication contre le tiers acquéreur. Si le vendeur ne poursuit que le tiers acquéreur, celui-ci répondra qu'il est propriétaire : est-ce qu'un propriétaire peut être obligé à délaisser? On dira que le vendeur fera prononcer la résolution. Mais contre qui? contre le tiers acquéreur qui est seul en cause? Cela est impossible, car cet acquéreur est tiers au contrat, ce n'est pas lui qui a manqué à ses engagements, c'est son auteur; celui-ci seul a qualité pour répondre à l'action en résolution. La cour ajoute que le sous-acquéreur peut demander la mise en cause de son auteur. Il ne s'agit pas de ce que peut faire l'acheteur, il s'agit de ce que doit faire le vendeur; c'est lui qui est demandeur, c'est donc à lui d'intenter régulièrement l'action.

(1) Rejet, 22 février 1845 (*Pasicrisie,* 1845, 1, 320). Les autorités favo-

150. Quelle est la durée de l'action en résolution intentée en vertu de l'article 1184? Dans l'opinion que nous venons d'enseigner, la réponse est très-simple (1). Le vendeur a deux actions : l'une, personnelle, contre l'acheteur; l'autre, réelle, contre le tiers détenteur. L'action personnelle est l'action en résolution proprement dite naissant du contrat et ayant pour objet d'en obtenir la résolution. La durée de cette action est celle de toutes les actions personnelles, c'est-à-dire trente ans. Il n'y a pas lieu d'appliquer à l'action en résolution la disposition exceptionnelle de l'article 1304, qui limite à dix ans la durée de l'action en nullité ou en rescision. L'action résolutoire n'est pas une action en nullité; elle ne se fonde pas sur un vice qui entache le contrat; elle suppose, au contraire, que le contrat est valable; on en demande la résolution en vertu de la condition résolutoire qui y est sous-entendue (2). On voit ici combien il importe de maintenir l'exactitude dans le langage juridique; ceux qui assimilent l'action résolutoire à l'action en rescision devraient appliquer la même prescription à l'une et l'autre action; ce qui serait une fausse application et, par conséquent, une violation des articles 2262 et 1304.

Quant à l'action que le vendeur a contre les tiers, c'est une action en revendication, action réelle qui dure aussi trente ans, mais que le défendeur peut repousser par l'usucapion, c'est-à-dire par la prescription de dix ou vingt ans, s'il a titre et bonne foi (3). L'acheteur primitif ne peut pas se prévaloir de l'usucapion; en effet, l'action que le vendeur intente contre lui n'est pas une action réelle en revendication. C'est une action personnelle, et l'action personnelle ne peut pas être repoussée par l'usucapion, elle dure toujours trente ans.

Il suit de là que l'action du vendeur peut avoir une durée différente, selon qu'il agit contre l'acheteur ou con-

rables à cette opinion, citées dans le réquisitoire de l'avocat général Dewandre.

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 174, n°s 105 *bis* IV et 105 *bis* VI.

(2) Jugement du tribunal de Bruxelles, du 6 mars 1844 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 6).

(3) Comparez Demolombe, t. XXV, p. 530, n°s 563-565.

tre un tiers détenteur. Cela confirme notre opinion sur la différence des deux actions, et cela prouve aussi l'erreur de l'opinion contraire qui confond les deux actions. Si les deux actions se confondent, si c'est une seule et même action, comment se fait-il que l'une, celle contre l'acheteur, dure toujours trente ans sans que l'acheteur puisse se prévaloir de l'usucapion, tandis que l'autre, celle contre le tiers détenteur, peut ne durer que dix ou vingt ans? Est-ce qu'une seule et même action peut être régie par des prescriptions diverses?

151. Nous avons supposé qu'il s'agit de la condition résolutoire tacite. La condition résolutoire expresse ne donne pas lieu à une action en résolution, puisque le contrat est résolu de plein droit en vertu du contrat même. Il peut seulement y avoir lieu entre les parties à des demandes en restitution; ces actions ont la durée ordinaire de trente ans. Si un tiers détenteur possède la chose, l'action du vendeur sera une revendication régie par les principes que nous venons de rappeler (1).

Le défendeur à l'action du vendeur peut-il lui opposer l'usucapion? Il n'y a pas de doute quant au tiers acquéreur, pourvu qu'il ait la bonne foi. On pourrait croire que l'acheteur primitif peut aussi se prévaloir de l'usucapion, puisque l'action intentée contre lui est une action en revendication. Là n'est pas l'obstacle, mais il y en a un autre, l'acheteur n'a point de titre, puisque le contrat en vertu duquel il possède est résolu comme s'il n'avait jamais existé; la condition essentielle de l'usucapion lui fait donc défaut. Nous reviendrons sur ce point au titre de la *Prescription*.

152. Si l'action était intentée en vertu d'un contrat ayant pour objet des choses mobilières, elle durerait toujours trente ans, même dans les cas où, par exception, les choses mobilières pourraient être revendiquées contre les tiers possesseurs. Il ne peut pas être question de l'usucapion, puisqu'elle ne s'applique qu'aux immeubles.

153. La condition résolutoire tacite donne lieu aux

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 175, n° 105 *bis* V.

mêmes difficultés que la condition résolutoire expresse, en ce qui concerne les actes d'administration et de jouissance faits par le propriétaire dont le droit est résolu. Si l'on admet le principe que nous avons posé (n° 144) sur l'identité des deux conditions, la solution n'est pas douteuse. La doctrine et la jurisprudence maintiennent les actes d'administration quand il s'agit de la condition résolutoire expresse; il en est de même de la condition résolutoire tacite; la raison de décider est identique (1). Cette opinion nous a paru difficile à concilier avec l'effet que l'article 1183 attache à la condition résolutoire qui s'accomplit. S'il n'y a pas eu de contrat, comment concevoir que le propriétaire soit lié par des actes faits par un détenteur qui n'a jamais eu de droit sur la chose?

154. Il y a une grande divergence d'opinions en ce qui concerne les fruits perçus par le propriétaire sous condition résolutoire. Doit-il les restituer? Dans notre opinion, l'affirmative n'est pas douteuse. La condition résolutoire tacite produit les mêmes effets que la condition résolutoire expresse; donc quand le contrat est résolu par sentence du juge, les choses sont remises au même état que s'il n'avait jamais existé (art. 1183); or, s'il n'y a pas eu de contrat, le détenteur n'a jamais eu de droit sur la chose; à quel titre conserverait-il donc les fruits? Les lui attribuer, c'est violer l'article 1183, car si, en vertu du contrat résolu, le propriétaire a eu le droit de percevoir les fruits et de les garder, on ne peut pas dire que ce contrat est censé n'avoir point existé; c'est encore violer l'article 547 qui pose le principe fondamental en cette matière, à savoir que les fruits appartiennent au propriétaire; et quand une vente est résolue, qui a été propriétaire lors de la perception des fruits? est-ce l'acheteur? Non, certes, c'est le vendeur; donc les fruits doivent lui être restitués.

L'opinion contraire est enseignée généralement en ce qui concerne la condition résolutoire expresse. Mais les

(1) Demolombe, t. XXV, p. 505, n° 538. Liége, 20 décembre 1851 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 364).

avis sont très-divisés quand il s'agit de la condition résolutoire tacite. Les uns procèdent logiquement et décident qu'il n'y a pas lieu à restituer les fruits; en effet, si l'acheteur y a droit quand le contrat est résolu en vertu d'une condition résolutoire expresse, on ne voit pas pourquoi il ne les garderait pas quand la vente est résolue en vertu de la condition résolutoire tacite : les deux conditions sont identiques, et là où il y a identité de principe, il doit y avoir identité d'effet(1). Les autres, inconséquents, commencent par poser comme règle que l'acheteur sous condition résolutoire expresse ne doit point restituer les fruits, puis ils font une exception quand la vente est résolue en vertu de la condition résolutoire tacite de l'article 1184. Troplong s'est fait le défenseur de cette opinion; il nous semble qu'il motive aussi mal l'exception que la règle. « Les fruits, dit-il, ne peuvent être répétés contre l'acheteur, parce qu'il les a faits siens par sa bonne foi, jointe à son industrie. » Cela veut-il dire que l'acheteur est possesseur de bonne foi dans le sens de l'article 550? Il suffit de lire cet article pour se convaincre qu'il ne saurait être appliqué à l'acheteur qui possède, non en vertu d'un titre vicié, mais en vertu d'un titre résolu. Si l'acheteur n'est pas possesseur de bonne foi dans le sens légal du mot, que vient-on parler de sa *bonne foi* et de son *industrie?* où est-il dit que l'industrie donne droit aux fruits? Nous arrivons à l'exception. Quand la vente est résolue en vertu de la condition résolutoire tacite, le vendeur a droit, d'après Troplong, de répéter contre l'acheteur tous les fruits perçus. La raison en est que la résolution du contrat produit un effet rétroactif. Nous demanderons si par hasard la condition résolutoire expresse ne rétroagit point. Chose singulière! la loi ne dit pas formellement que la condition résolutoire tacite rétroagit; on l'induit par voie de conséquence de l'article 1183 et des principes. La rétroactivité aurait donc un effet plus considérable dans le cas où la loi ne la prononce pas que dans le cas où la loi l'établit dans les termes les plus

(1) Demolombe, t. XXV, p. 508, nos 540 et 541.

énergiques. Troplong continue : « L'acheteur dépourvu de bonne foi et refusant de remplir son obligation manque d'un juste titre pour faire les fruits siens. » De quelle *bonne foi*, de quel *juste titre* l'auteur entend-il parler? Est-ce de la bonne foi légale de l'article 550? L'acheteur ne l'a pas plus dans le cas de la condition résolutoire expresse que dans le cas de la condition résolutoire tacite. Que s'il s'agit d'une autre bonne foi, nous renvoyons Troplong à l'article 547, qu'il semble avoir oublié, et où il est dit que les fruits appartiennent, non à celui qui possède de fait avec bonne foi, mais à celui qui est propriétaire (1).

La jurisprudence distingue. Entre les parties, elle admet le principe de la restitution des fruits; la cour de cassation motive sa décision sur la rétroactivité établie par l'article 1183 (2). Mais l'effet rétroactif de la condition résolutoire, dit la cour dans un autre arrêt, se restreint aux contractants ou à leurs ayants cause. Quel est le fondement de cette distinction? La cour de cassation dit que la vente transmet la propriété à l'acquéreur; que dès lors tous les fruits lui appartiennent; que, par conséquent, les tiers qui, en exécution du contrat, ont perçu les fruits ne peuvent être recherchés par le vendeur, quand, usant du droit de résolution, il fait annuler la vente (3). Nous ne nous chargeons pas de concilier ces décisions, la contradiction est évidente. Si la rétroactivité résout la propriété de l'acheteur à l'égard du vendeur, et l'oblige à restituer les fruits, le même principe doit avoir les mêmes conséquences à l'égard des tiers; les tiers peuvent-ils avoir un droit quelconque en vertu d'un contrat que la loi déclare anéanti à ce point qu'il est censé n'avoir jamais existé? Que si, malgé l'anéantissement du contrat, les tiers ne doivent aucune restitution, pourquoi l'acheteur est-il tenu à restituer les fruits qu'il a perçus? Il y a là une absence complète de principes. La cour établit des distinctions que la loi ignore; en disposant que la condition résolu-

(1) Troplong, *De la vente*, t. II, n° 652.
(2) Cassation, 23 juillet 1834 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 1377).
(3) Rejet, chambre civile, du 18 juillet 1854 (Dalloz, 1854, 1, 357).

toire qui s'accomplit remet les choses au même état que si le contrat n'avait jamais existé, l'article 1183 ne distingue pas les effets du contrat entre les parties et les effets du contrat à l'égard des tiers ; de quel droit la cour distingue-t-elle là où la loi ne distingue pas? C'est faire la loi, alors que la loi est faite. Si elle est mauvaise, qu'on la change, mais il n'appartient pas à l'interprète de la corriger.

155. L'article 1184 dit que la partie qui demande la résolution peut réclamer des dommages et intérêts. C'est le droit commun; il s'ensuit qu'il est aussi dû des dommages-intérêts dans le cas où le créancier demande l'exécution du contrat. On applique les principes généraux qui régissent les dommages-intérêts. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1).

§ VII. *Du pacte commissoire.*

156. En droit romain, la condition résolutoire n'était pas sous-entendue pour le cas où l'une des deux parties ne satisferait pas à son engagement. Si les parties voulaient que le contrat fût résolu en cas d'inexécution, elles devaient le stipuler : cette clause s'appelait pacte commissoire. Dans notre droit moderne, il est inutile de stipuler la résolution pour le cas où l'une des parties ne satisferait pas à ses engagements, puisque la condition est sous-entendue en vertu de la loi. Toutefois rien n'est plus fréquent que cette clause, et elle a conservé le nom de pacte commissoire. Quel en est l'effet? Le pacte commissoire a-t-il les effets d'une condition résolutoire expresse ou d'une condition résolutoire tacite? Il y a quelque incertitude sur ce point dans la doctrine et dans la jurisprudence. Nous croyons que la question est posée en termes trop absolus et la réponse que l'on y fait est aussi trop absolue. Tout dépend de l'intention des par-

(1) Demolombe, t. XXV, p. 492, n° 523. Bruxelles, 29 novembre 1861, et 31 mars 1869 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 303 ; 1869, 2, 158).

ties contractantes. Pourquoi insèrent-elles dans leur contrat une clause que la loi y sous-entend? Il est très-difficile de connaître cette intention, elle peut varier d'une espèce à l'autre. Le pacte commissoire peut donc avoir des effets très-différents, selon la volonté des parties. Ce que les parties veulent est exprimé dans la clause qu'elles stipulent; il faut donc voir dans quels termes le pacte commissoire est conçu (1).

Nº 1. PREMIÈRE HYPOTHÈSE.

157. Il arrive très-souvent que le pacte commissoire n'est qu'une clause de style, c'est-à-dire que les parties ou le rédacteur de l'acte ne font que reproduire la condition résolutoire tacite, telle qu'elle est formulée par l'article 1184. Il est dit dans un acte que si l'une des deux parties ne satisfait point à son engagement, l'autre aura le droit d'en demander la résolution. Est-ce que la clause ainsi formulée aura les effets d'une condition résolutoire expresse, ou n'a-t-elle d'autre effet que celui que l'article 1184 attribue à la condition résolutoire tacite? L'intérêt de la question consiste à savoir si le pacte commissoire opérera de plein droit ou si la résolution devra être demandée en justice, avec pouvoir pour le juge d'accorder un délai au défendeur selon les circonstances.

L'opinion générale est que, dans cette première hypothèse, le pacte commissoire se confond entièrement avec la condition résolutoire tacite (2). C'est un principe traditionnel, déjà formulé par Casaregis, que l'expression d'une condition intrinsèque, et qui est toujours sous-entendue, n'ajoute rien à l'effet de cette condition (3). Cette règle d'interprétation est très-rationnelle. La loi dit : « Si

(1) C'est ce que dit très-bien la chambre de cassation de Bruxelles. Rejet, 19 novembre 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 212).

(2) Voyez le passage de Casaregis, dans Massé, *Droit commercial*, t. III, p. 352, nº 1821.

(3) Colmet de Santerre, t. V, p. 172, nº 105 *bis* I. Larombière, t. II, p. 361 nº 53 de l'article 1184 (Ed. B., t. I, p. 455). Demolombe, t. XXV, p. 518, nº 549

l'une des deux parties ne satisfait pas à son engagement, l'autre pourra demander la résolution du contrat. » Les parties transcrivent cette disposition dans l'acte qu'elles dressent de leurs conventions. Est-ce que la clause changera de nature et d'effet pour être écrite dans l'acte? Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait que l'intention des parties eût été de transformer la condition résolutoire tacite en condition résolutoire expresse. Or, il est facile de prouver que telle ne peut pas être leur intention. Le plus souvent ce ne sont pas les parties qui rédigent l'acte; si la clause résolutoire y est insérée, c'est par une vieille habitude des clauses de style; peut-on dire que, dans ce cas, l'intention des parties soit de déroger à la loi? Non certes. Il faut dire plus : tel n'est pas leur intérêt. Si la condition résolutoire tacite écrite dans le contrat avait pour effet de l'assimiler à une condition résolutoire expresse, il en résulterait que le contrat est résolu de plein droit, c'est-à-dire malgré les parties. Ainsi l'acheteur ne payant pas le prix, la vente serait résolue, alors même que le vendeur voudrait la maintenir et en poursuivre l'exécution. Le vendeur se mettrait donc à la merci de l'acheteur : il suffirait que celui-ci, si le marché ne lui convient pas, refusât de l'exécuter pour que le vendeur fût forcé de reprendre la chose. Peut-on admettre que l'une des parties consente à faire dépendre du mauvais vouloir de l'autre l'exécution du contrat et sa résolution?

Il y a plus. Quand l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur a deux droits : il a le choix, dit l'article 1184, ou de forcer l'acheteur à exécuter la convention ou d'en demander la résolution avec dommages-intérêts. Les parties insèrent la clause résolutoire dans l'acte de vente. Si cette clause équivaut à une condition résolutoire expresse, la vente sera résolue de plein droit. Donc le vendeur ne pourra plus demander l'exécution du contrat. Peut-on admettre qu'il se dépouille de l'un des droits qui lui appartiennent et du droit le plus essentiel, celui de poursuivre l'exécution du contrat? On cherche vainement une raison pour laquelle les parties agiraient ainsi et on ne peut pas supposer qu'elles agissent sans raison.

Ceci répond à une objection que l'on peut faire contre notre opinion. La condition résolutoire est ou expresse ou tacite. Elle est expresse quand elle est stipulée par les parties ; elle est tacite quand elle n'est pas écrite dans l'acte, mais sous-entendue par la loi. Or, la condition résolutoire pour inexécution du contrat cesse d'être tacite quand elle est stipulée par les parties ; le pacte commissoire n'est pas sous-entendu, il est exprès ; donc c'est une condition expresse, et elle doit produire l'effet de toute condition expresse, c'est-à-dire opérer de plein droit la résolution du contrat. Nous répondons qu'il y a une grande différence entre la condition résolutoire expresse et le pacte commissoire. Quand les parties subordonnent la résolution de leurs conventions à une condition résolutoire casuelle ou potestative, leur volonté est que le contrat soit résolu quand la condition s'accomplit ; leur seul droit, si la condition se réalise, consiste à exiger les restitutions que l'une doit faire à l'autre pour remettre les choses au même état que si le contrat n'avait pas existé ; il ne peut être question pour elles de demander l'exécution du contrat, puisqu'il est anéanti par leur propre volonté, et elles ne pourraient pas le maintenir, quand même elles le voudraient (n° 116). Il en est tout autrement lorsque les parties stipulent le pacte commissoire, c'est-à-dire la résolution pour le cas où l'une d'elles ne satisferait pas à son engagement. En cas d'inexécution, le créancier a deux droits entre lesquels il peut choisir ; il peut poursuivre l'exécution forcée du contrat ou en demander la résolution. En stipulant le droit de demander la résolution, le créancier ne renonce pas au droit d'exiger l'exécution. Puisqu'il a le choix entre deux droits, il faut qu'il manifeste sa volonté en déclarant quel est le droit qu'il entend exercer. Dès lors le contrat ne peut pas être résolu de plein droit.

On s'est prévalu du texte de l'article 1184 pour en induire que le pacte commissoire opère de plein droit. Le deuxième alinéa de l'article 1184 porte : « *Dans ce cas*, le contrat n'est point résolu de plein droit, » c'est-à-dire dans le cas de la condition résolutoire tacite prévu par le

premier alinéa. Donc, dès que la condition résolutoire n'est pas tacite, dès qu'elle est écrite dans le contrat, elle en opère de plein droit la résolution (1). On a répondu que les mots *dans ce cas* sont employés par opposition à la condition résolutoire expresse dont il est traité dans l'article 1183 (2). La réponse n'est pas décisive, car on pourrait dire que le pacte commissoire est compris dans l'article 1183, puisqu'il est stipulé par les parties. Il faut donc pénétrer plus avant dans l'essence du pacte commissoire et prouver, comme nous venons de le faire, que, quoique écrit dans le contrat, le pacte diffère essentiellement de la condition résolutoire expresse.

158. Quel sera l'effet du pacte commissoire dans cette première hypothèse? Puisqu'il se confond avec la condition résolutoire tacite, il faut en conclure qu'il aura les effets que l'article 1184 attache à cette condition, c'est-à-dire que la résolution devra être demandée en justice et que le juge pourra accorder un délai au défendeur selon les circonstances. L'orateur du gouvernement interprète le pacte commissoire en ce sens; après avoir analysé l'article 1184, Bigot-Préameneu ajoute : « Lors même que la condition résolutoire serait formellement stipulée, il faudrait toujours constater l'inexécution, en vérifier les causes, les distinguer de celles d'un simple retard, et dans l'examen de ces causes, il peut en être de si favorables que le juge se trouve forcé par l'équité à accorder un délai (3). »

Il y a un arrêt de la cour de Liége en ce sens. Un bail emphytéotique contenait la clause suivante : « En cas d'inexécution des conditions, le bailleur pourra demander la résolution du bail. » L'emphytéote étant en retard de payer le canon, le bailleur demanda la résolution du bail. Après commandement de payer, l'emphytéote avait fait des offres d'acquitter la somme due; ces offres furent refusées. Le bailleur prétendit que la clause résolutoire était expresse et qu'il fallait l'appliquer sous peine de violer

(1) Toullier, t. III, 2, p. 349, n° 554.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 83, note 83, § 302, et tous les auteurs.
(3) Exposé des motifs, n° 70 (Locré, t. VI, p. 159).

les articles 1183 et 1184. Ces prétentions furent rejetées. La cour dit très-bien que l'intention des parties n'avait pas été de faire opérer de plein droit la résolution du contrat, puisqu'il y avait obligation expresse pour le bailleur d'en former la demande. Comme l'emphytéote avait offert de payer, on ne pouvait pas dire qu'il ne satisfaisait pas à ses engagements. La cour paraît insister sur une circonstance de la cause qui ne nous semble point décisive, c'est que l'emphytéote avait fait ses offres avant que le bailleur eût formé sa demande en résolution; à notre avis, le débiteur pouvait encore payer après l'introduction de la demande et pendant tout le cours de l'instance; c'est le droit commun, et le pacte commissoire n'y dérogeait point (1).

159. En général, il faudra une action judiciaire, puisque le pacte commissoire équivaut à la condition résolutoire tacite. Mais il n'y a rien d'absolu en cette matière, tout dépend de l'intention des parties contractantes. Un propriétaire consent une réduction à son fermier sur ce qu'il lui doit, en stipulant que la somme qui lui reste due sera payée dans un délai de deux années, faute de quoi il pourrait annuler la remise consentie. Le mot *annuler* indiquait, dans l'espèce, une condition résolutoire et la résolution était mise au pouvoir du créancier. Le premier juge avait déclaré la résolution accomplie par cela seul que le fermier n'avait pas payé dans les deux ans et que le bailleur s'était réservé tous ses droits contre lui. C'était une erreur : il a été jugé par la cour d'appel et par la cour de cassation que le propriétaire s'était seulement réservé la faculté d'annuler la remise pour le cas où le débiteur ne satisferait pas à ses engagements. Or, un droit facultatif exige une manifestation de volonté. La seule difficulté était de savoir s'il fallait une demande judiciaire. Ce n'est pas sur ce point que porta le débat. La cour de Paris se borne à déclarer que le créancier aurait dû mettre le débiteur en demeure. La cour de cassation s'énonce en termes plus généraux,

(1) Liége, 9 août 1841 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 49).

elle n'exige pas une sommation, et avec raison, nous semble-t-il ; il suffisait d'un acte constituant l'exercice de la faculté réservée ; le propriétaire n'ayant, par aucun acte, manifesté sa volonté d'annuler la remise, le fermier avait pu utilement accomplir la condition en payant la somme due (1).

Il est stipulé dans un bail que le fermage devra être payé au plus tard trois mois après l'expiration de chaque année, à *peine de déchéance* et que le fermier sera obligé de déguerpir sans contredire, s'il plaît au bailleur. Qu'était-ce que la peine de déchéance? Une mauvaise expression pour marquer qu'il y aurait résolution si le fermier ne payait pas dans le délai fixé. Etait-ce une condition résolutoire expresse régie par l'article 1183? La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi. Nous croyons que sur ce point elle s'est trompée. La clause, en disant que le fermage devait être payé à peine de résolution, reproduisait seulement la disposition de l'article 1184. Toutefois elle y dérogeait, en ce sens que les parties s'en remettaient au bon plaisir du bailleur, et comme le fermier s'obligeait de déguerpir sans contredire dès qu'il plairait au bailleur, il suffisait, comme le fit le propriétaire, de lui signifier un commandement avec sommation de vider les lieux (2). La décision est donc juste au fond bien que mal motivée.

Le propriétaire d'une mine en concède l'exploitation sous la condition que l'interruption seule des travaux d'exploitation pendant neuf mois ferait revenir la mine au cédant. Cette résolution devait-elle être demandée en justice? La cour de Riom décida que la demande en résolution pouvait être formée sans être précédée d'une mise en demeure; que, l'inexécution du contrat une fois accomplie, le droit à la résolution était acquis sans que le juge pût, dans ce cas, accorder un délai pour exécuter la convention. Faut-il conclure de là, comme le fait un arrêtiste, que l'inexécution d'une obligation de faire résout de plein droit la convention lorsqu'elle se trouve

(1) Rejet, 4 avril 1859 (Dalloz, 1859, 1, 451).
(2) Bruxelles, 11 février 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p. 49).

accomplie? La cour ne dit pas cela. Il y avait action judiciaire, donc il ne pouvait être question d'une résolution de plein droit. Mais les parties avaient dérogé à l'article 1184, en ce sens que, d'après leur intention, la résolution devait avoir lieu dès que l'interruption de l'exploitation était constatée; ce qui se comprend par la nature de l'obligation imposée à l'amodiataire et par l'intérêt qu'avait l'amodiateur à une bonne exploitation (1).

160. Il reste une difficulté. On voit, par les exemples que nous venons de donner, qu'il est souvent difficile de déterminer le caractère du pacte commissoire : quand équivaut-il à la condition résolutoire telle qu'elle est définie par l'article 1184? C'est une question d'interprétation qu'il faut abandonner à la prudence du juge. Les auteurs considèrent comme une simple clause résolutoire, reproduisant l'article 1184, le pacte qui stipule que le contrat sera résolu si le débiteur ne satisfait pas à ses engagements (2). Cela nous paraît très-douteux. L'article 1184 ne dit pas que le contrat sera résolu, il dit que la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut demander la résolution, ce qui implique la nécessité d'une demande judiciaire. Quand les parties disent que le contrat sera résolu, elles ne parlent pas d'une demande; elles disent, par conséquent, qu'il y aura résolution sans demande; c'est bien là la condition résolutoire expresse de l'article 1183. Nous n'insistons pas, parce qu'on ne peut pas décider ces questions *à priori*, ni dans l'un, ni dans l'autre sens.

N° 2. DEUXIÈME HYPOTHÈSE.

161. Le pacte commissoire porte que le contrat *sera résolu de plein droit* si l'une des parties ne satisfait point à ses engagements. Cette clause déroge formellement à l'article 1184. En effet, le code dit que la condition résolutoire tacite n'opère pas de plein droit, tandis que les

(1) Riom, 4 août 1840, et l'analyse de l'arrêtiste (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1202, 7°).
(2) Voyez les auteurs cités, p. 171, note 3.

parties déclarent que le contrat sera résolu de plein droit si le débiteur n'exécute pas ses obligations. Il faut donc dire que, dans ce cas, les dispositions de l'article 1184 ne recevront pas d'application. La loi dit en quel sens la condition résolutoire tacite n'opère pas de plein droit; c'est que la résolution doit être demandée en justice et qu'il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. Le pacte commissoire opérant de plein droit, dans l'espèce, il en résulte que la résolution ne devra pas être demandée en justice (1) et que le juge ne pourra pas accorder de délai au défendeur. Tel est, du moins, le principe, sauf décision contraire résultant de la volonté des parties.

Le code déroge, sous ce rapport, à l'ancien droit. On considérait jadis le pacte commissoire comme une simple menace. Quelles que fussent les expressions dont les contractants s'étaient servis, leur volonté la plus certaine était impuissante pour opérer la résolution de plein droit. Les tribunaux, dit Toullier, s'obstinaient à juger que ces clauses n'avaient d'effet qu'à l'arbitrage des juges, selon la gravité du fait et les circonstances. Toullier a raison de critiquer une jurisprudence qui se mettait au-dessus de la volonté des parties, alors que la mission du juge est d'assurer l'exécution de ce que les parties ont voulu (2). Mais la difficulté est de constater quelle est précisément leur intention.

162. Il est certain que le pacte commissoire portant que le contrat sera résolu de plein droit déroge à l'article 1184. Mais jusqu'où va la dérogation? Un premier point est hors de doute, c'est que, même ainsi formulé, le pacte commissoire n'équivaut pas à la condition résolutoire expresse. Celle-ci opère la résolution par la force du contrat, parce que les parties l'ont voulu, et ayant manifesté leur volonté en contractant, il est inutile qu'elles la manifestent de nouveau. Il y a plus : elles ne

(1) Bruxelles, 1er juillet 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 440); 28 mai 1825 (*ibid.*, 1825, p. 405).
(2) Toullier, t. II, 2, p. 346, n° 550. Demolombe, t. XXV, p. 519, n° 550, et la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1199.

pourraient pas même manifester une volonté contraire; elles voudraient maintenir le contrat résolu qu'elles ne le pourraient pas, en ce sens que la résolution a eu lieu et qu'il ne dépend pas d'elles de détruire un fait accompli. En est-il de même du pacte commissoire? Non, car celui qui a le droit de demander la résolution a encore un autre droit, il peut demander l'exécution de l'acte; en stipulant la résolution de plein droit, il n'a pas renoncé au droit essentiel qu'il tient de son contrat. Ayant deux droits, il a le choix; or, le choix exige une manifestation de volonté. Il faut que le créancier dise ce qu'il veut : s'il veut agir en résolution ou poursuivre l'exécution forcée de la convention. Voilà une différence entre le pacte commissoire et la condition résolutoire expresse, elle résulte de la nature même du pacte commissoire (1). De là découle une conséquence très-importante. La condition résolutoire expresse opère la résolution du contrat d'une manière absolue; toute personne intéressée peut se prévaloir de la résolution. Il n'en est pas de même du pacte commissoire; il ne peut être invoqué que par celui dans l'intérêt duquel il a été stipulé, c'est-à-dire par le créancier envers lequel l'engagement n'a point été exécuté; le débiteur ne peut certes pas se prévaloir de l'inexécution de ses engagements pour en demander la résolution. Donc, alors même qu'il y a inexécution, le contrat subsiste, et le créancier conserve le choix que lui donne l'article 1184 : il peut forcer le débiteur à l'exécution de la convention ou en demander la résolution (2).

163. Le créancier doit demander la résolution s'il opte pour la résolution du contrat. Comment doit-il formuler sa demande? Il est certain qu'il ne doit pas agir en justice; mais doit-il mettre le débiteur en demeure par une sommation? Le doute vient de l'article 1656, qui est ainsi conçu : « S'il a été stipulé lors de la vente d'immeubles que, faute du payement du prix dans le terme convenu, la vente serait résolue de plein droit, l'acquéreur

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 173, n° 105 *bis* II. Demolombe, t. XXV, p. 522, n° 533.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 35, note 88, § 302.

peut néanmoins payer après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une *sommation.* » Cet article est une application des principes que nous venons de poser, c'est que la vente n'est résolue de plein droit que dans l'intérêt du vendeur; il faut qu'il déclare si son intention est de vouloir la résolution. La loi veut que le vendeur manifeste cette intention par une *sommation.* Cette disposition de l'article 1656 est-elle aussi une application des principes généraux ou y déroge-t-elle? La question est très-controversée; les auteurs sont divisés et la jurisprudence est hésitante.

La difficulté est de savoir s'il faut une sommation pour manifester le choix qui appartient au créancier, entre l'exécution et la résolution du contrat. Nous croyons que, d'après les principes, il faut répondre négativement. Le contrat est résolu, s'il plaît au créancier qu'il le soit; voilà ce que veut dire le pacte commissoire lorsqu'il stipule que la résolution aura lieu de plein droit. Donc, dès que le créancier aura déclaré sa volonté, la résolution doit avoir lieu. Vainement dit-on que le débiteur n'est mis en demeure que par une sommation ou autre acte équivalent (art. 1139). Il ne s'agit pas de constituer le débiteur en demeure; la mise en demeure est nécessaire pour constater que le créancier a droit à des dommages et intérêts, à raison de l'inexécution du contrat; tandis que dans le pacte commissoire, il s'agit de savoir si le créancier veut user du droit qu'il a à la résolution du contrat. Il n'y a rien de commun entre un droit d'option qui n'exige qu'une simple déclaration de volonté et le droit aux dommages-intérêts pour inexécution du contrat. Il faut donc laisser là l'article 1139, qui est étranger au débat. Si le débiteur le conteste, le créancier devra prouver qu'il y a inexécution de la convention; il fera cette preuve d'après le droit commun; il n'est pas nécessaire qu'il constate l'inexécution par une sommation. Sans doute, la sommation est le moyen le plus facile de prouver que le débiteur n'a pas satisfait à ses engagements; mais autre chose est de savoir ce que la prudence commande au créancier de faire, autre chose est de savoir

ce que la loi l'oblige de faire. On objecte l'article 1656 qui veut une sommation, mais cette disposition n'étant pas l'application d'un principe général, on ne peut pas en faire une règle et l'exiger dans tous les cas où il s'agit pour le créancier d'opter entre la résolution et l'exécution du contrat. Demandera-t-on pourquoi l'article 1656 veut une sommation? On peut répondre, avec Troplong, que c'est à raison de l'importance de la vente immobilière et pour prévenir toute difficulté. Le législateur aurait peut-être bien fait d'exiger une sommation dans tous les cas, parce qu'elle prévient toute difficulté; mais l'interprète n'a pas à voir ce que le législateur aurait dû faire; il est lié par ce que le législateur a fait, et s'il y a une lacune, il ne lui est pas permis de la combler (1).

Merlin reproche à la cour de cassation d'avoir jugé le pour et le contre sur la question qui nous occupe (2). Cela prouve qu'elle est douteuse. En fait, le créancier recourt d'ordinaire à une sommation; s'il a un titre authentique, il peut agir par voie de commandement et répéter directement ce que le débiteur lui doit restituer (3). Cette rigueur peut cependant être modérée, en fait, par la volonté des parties contractantes. Si, malgré la clause irritante du pacte commissoire, le créancier n'use pas de son droit, s'il accorde des délais à son débiteur, en renonçant formellement à exiger la résiliation du contrat, il ne peut pas ensuite, sans sommation préalable, déclarer qu'il tient la convention pour résolue. La cour de Gand l'a jugé ainsi en matière de bail; sa décision concilie le droit avec l'équité. Libre au bailleur de revenir sur sa renonciation pour l'avenir, mais le fermier a dû compter sur l'indulgence de son propriétaire, puisque le contrat avait toujours été exécuté en ce sens. Or, les conventions, et notamment les baux, doivent être exécutés de bonne foi. Si donc le bailleur entend à l'avenir se prévaloir de la ri-

(1) Troplong, *De la vente*, t. II, nos 666 et 667. Larombière, t. II, p. 364, no 55 de l'article 1184, et p. 367, nos 58 et 59 (Ed. B., t. I, p. 458). En sens contraire, Aubry et Rau, t. IV, p. 84, note 85, et les autorités qui y sont citées.
(2) Merlin, *Questions de droit*, t. VI, p. 272, au mot *Emphytéose*, § III.
(3) Bruxelles, 25 juin 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 188).

gueur du pacte commissoire, l'équité et la justice exigent qu'il déclare au preneur ce changement de volonté (1).

164. Le débiteur peut-il encore arrêter la résolution en exécutant ses engagements après que le créancier a manifesté la volonté de résoudre le contrat? Il nous semble que la négative est évidente. Quand il y a condition résolutoire tacite, le débiteur est toujours admis à payer jusqu'à ce que le juge ait prononcé la résolution du contrat (n° 135). La raison en est très-simple, c'est que le créancier n'a aucun droit positif à la résolution, c'est le juge qui la prononce par des considérations d'équité : le contrat subsistant, le débiteur a naturellement le droit de l'exécuter. Il en est tout autrement dans le cas du pacte commissoire. Le contrat est résolu de plein droit du moment que le créancier déclare user de la clause résolutoire; et le contrat étant résolu, comment le débiteur pourrait-il encore empêcher la résolution? comment exécuterait-il un contrat qui n'existe plus? L'article 1656 confirme cette opinion : s'il est convenu que la vente sera résolue de plein droit, faute de payement du prix dans le terme convenu, l'acheteur peut néanmoins payer après l'expiration du délai, « tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation. » L'expression de *mise en demeure* n'est pas exacte, à notre avis; il ne s'agit point de constituer l'acheteur en demeure, il s'agit de savoir si le vendeur opte pour la résolution, et dès que sa volonté est manifeste, la vente est résolue de plein droit, comme le porte le contrat.

C'est l'opinion généralement suivie, et elle est consacrée par la jurisprudence (2). Il y a quelques dissentiments (3) qui n'ont pas grande valeur. On invoque l'équité alors que les parties ont voulu déroger à l'équité. L'article 1184, qui établit la condition résolutoire tacite, est une disposition d'équité. En stipulant la résolution de plein droit, les parties dérogent à l'équité; il faut donc

(1) Gand, 19 janvier 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 194).

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 85, note 87, et les autorités qui y sont citées. Bruxelles, 1er juillet 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 440).

(3) Duranton, t. XI, p. 526, n° 556. Delvincourt, t. III, p. 157.

s'en tenir à la clause résolutoire, qui est de rigueur.

165. On demande si le juge peut accorder un délai au défendeur conformément à l'article 1184. Au point de vue des vrais principes, la question ne se comprend même pas. On conçoit que le juge accorde un délai quand c'est lui qui prononce la résolution; le débiteur est alors admis à payer jusqu'à ce que le tribunal ait résolu le contrat, et l'équité peut exiger que le juge lui accorde un délai pour faire ce payement. Mais quand la résolution se fait de plein droit, elle a lieu par la volonté du créancier, le juge n'intervient pas; dès que le créancier a manifesté sa volonté, le contrat est résolu. Comment le juge accorderait-il un délai pour exécuter le contrat, alors qu'il n'y a plus de contrat? Cela est contradictoire. L'article 1656 vient encore confirmer cette opinion. Il dit formellement que le juge ne peut pas accorder de délai à l'acheteur après que le vendeur a sommé l'acheteur de remplir ses obligations (1).

166. La cour de Paris avait jugé le contraire dans l'espèce suivante. Un bail portait qu'à défaut de payement d'un seul terme le bail serait résilié de plein droit, si bon semblait au bailleur, après un simple et unique commandement exprimant sa volonté de résilier et non suivi de payement dans le mois de sa date, sans qu'il fût nécessaire d'aucune autre poursuite et formalité. Malgré le commandement non suivi de payement, la cour accorda un délai au locataire. Elle invoque l'article 1244 et des considérations d'équité : le délai, dit l'arrêt, ne peut causer aucun préjudice au bailleur, tandis que le refus entraînerait la ruine du débiteur. L'arrêt fut cassé et il devait l'être. L'article 1244 est étranger au débat, il concerne le délai de grâce que le juge accorde au débiteur alors qu'il veut et peut encore remplir son obligation; tandis que, dans l'espèce, le bail étant résolu, le débiteur ne pouvait plus demander un délai pour l'exécuter. Quant à l'équité, le juge n'en pouvait tenir compte, puisqu'il était

(1) Larombière, t. II, p. 363, nº 55 de l'article 1184 (Ed. B., t. I, p. 456).

lié par une clause de rigueur qui dérogeait à la disposition d'équité de l'article 1184 (1).

Le tribunal de première instance de Bruxelles avait jugé dans le même sens que la cour de Paris et en invoquant les mêmes motifs, l'article 1244 et les raisons d'équité et d'humanité sur lesquelles il est fondé. Sur l'appel, cette décision a été réformée; la cour ne répond pas directement à l'argument tiré de l'article 1244, mais elle le réfute implicitement, en constatant qu'il y avait une convention entre les parties, convention que le juge doit respecter. L'exécution des contrats, dit l'arrêt, est d'intérêt général; elle tend à prévenir les procès en ôtant à tout débiteur la dangereuse confiance de pouvoir un jour faire convertir en stipulation comminatoire un engagement dont il a, dans le principe, sciemment accepté la rigueur (2).

Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Colmar; elle décide que sous la nouvelle législation, comme sous l'ancienne, les clauses résolutoires stipulées ou sous-entendues sont toujours réputées n'être que comminatoires. C'est une erreur certaine : le code fait une loi au juge d'exécuter les conventions des parties contractantes, et il ne déroge pas à ce principe, qui est d'ordre public, quand il s'agit du pacte commissoire; l'article 1656 le prouve. Il est vrai que l'article 1244 permet au juge d'accorder des délais au débiteur; c'est ce que le tribunal de première instance avait fait en prononçant la résolution du bail (3). La cour reproche à cette décision d'être inconséquente; elle est, au contraire, très-juridique. En effet, la résolution devait être prononcée, c'était la loi du contrat. Restait après cela à payer les fermages échus; ici le juge pouvait user de la faculté que lui donne l'article 1244, et c'était le cas d'en user. Le département du Bas-Rhin était envahi par l'ennemi; ces circonstances malheureuses met-

(1) Cassation, 2 juillet 1860 (Dalloz, 1860, 1, 284), et sur renvoi, Orléans, 9 novembre 1860 (Dalloz, 1861, 2, 54).

(2) Bruxelles, 7 février 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 62). Comparez Liége, 9 février 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 210).

(3) Colmar, 6 décembre 1814 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1204, 2°). Comparez, dans le même sens, Nîmes, 22 août 1809 (Dalloz, *ibid.*, n° 1204, 1°).

taient les fermiers dans l'impossibilité de payer. Cela n'empêchait pas la résolution du contrat; le juge n'avait pas le droit de l'arrêter pas plus qu'il n'avait le droit de la prononcer.

167. Reste une difficulté de fait : quand peut-on dire que les parties, en stipulant le pacte commissoire, ont dérogé à l'article 1184? Il est certain qu'elles ne doivent pas se servir des termes usuels empruntés à l'article 1656, à savoir que le contrat sera résolu de plein droit. Il n'y a pas de termes sacramentels, tout dépend donc de l'intention des parties contractantes. Un bail porte que si le preneur ne paye pas exactement son rendage à l'échéance, il sera loisible au propriétaire, faute par le preneur d'avoir payé deux rendages échus, de résilier le bail sans devoir recourir pour cela aux tribunaux. Cette clause est identique avec celle que la résolution aura lieu de plein droit, car cette dernière clause ne signifie pas autre chose sinon que le créancier n'a pas besoin de demander la résolution en justice (1).

Les créanciers, en accordant un concordat à leur débiteur, se réservent l'exercice de tous leurs droits, faute par le débiteur d'avoir rempli ses engagements dans le délai fixé. Il a été jugé que cette clause emportait de plein droit la résolution du contrat, bien que le mot de *résolution* n'y fût pas même prononcé. La volonté des parties de résoudre le concordat, si le failli ne l'exécutait pas, ne pouvait être douteuse; il était donc inutile de recourir aux tribunaux pour faire décider par le juge ce que les parties avaient elles-mêmes décidé implicitement (2).

Un bail porte que le fermier devra payer au plus tard dans les trois mois après l'expiration de chaque année, *à peine de déchéance*. Cette expression est mauvaise, et elle laisse parfois quelque doute sur l'intention des parties. Ce n'est pas une peine ni une clause pénale, car il ne s'agit pas de dommages-intérêts dus pour inexécution; le bail-

(1) Bruxelles, 5 juillet 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 223).
(2) Rejet, 10 juin 1823 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1202, 1°)

leur veut la résolution du bail et le preneur s'y soumet par la loi du contrat (1). Y a-t-il toujours résolution de plein droit? Nous reviendrons sur la question au titre du *Louage*.

N° 3. TROISIÈME HYPOTHÈSE.

168. Les parties stipulent que la résolution aura lieu de plein droit, sans mise en demeure ou sans sommation. Y a-t-il encore, dans ce cas, une différence entre le pacte commissoire et la condition résolutoire expresse? Non, car la clause produira les effets que la loi attache à la condition résolutoire casuelle ou potestative. La résolution se fera en vertu de la volonté des parties écrite au contrat et sans que le créancier doive manifester la volonté d'user du droit de résolution; mais aussi il perdra le droit qu'il tenait de son contrat, de forcer le débiteur à l'exécuter. Il a renoncé à ce droit en stipulant le pacte commissoire sous forme de condition résolutoire expresse; et comme il s'agit d'intérêts purement privés, il est libre de renoncer à ce qui est établi en sa faveur. Mais comme les renonciations sont de droit strict, on ne peut admettre que le créancier ait renoncé au droit le plus essentiel qui résulte de la convention que si la clause est formelle. Ce n'est pas que les termes soient solennels, la loi ne prévoit pas même la clause; mais on doit en admettre la validité, puisqu'elle n'a rien de contraire à l'ordre public ni aux bonnes mœurs. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (2).

169. Lorsque les parties stipulent le pacte commissoire, elles peuvent demander la résolution soit en vertu du contrat, soit en vertu de la loi. Elles ont donc deux droits : de là la question de savoir si en exerçant l'un elles renoncent à l'autre. La question n'est pas sans intérêt. Dans la seconde hypothèse, il y a des différences entre le pacte commissoire et la condition résolutoire ta-

(1) Bruxelles, 11 février 1820 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1202, 5°, et *Pasicrisie*, 1820, p, 49).

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 174, n° 105 *bis* III. Demolombe, t. XXV, p. 528, n° 558. Paris, 28 thermidor an XI (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1202, 3°). Bruxelles, 18 janvier 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 274).

cite; dans la troisième, il ne reste plus rien de la condition tacite de l'article 1184; le pacte est une condition résolutoire expresse. Dans toutes les hypothèses, on peut soulever la question de chose jugée, en soutenant que celui qui a échoué dans une demande en résolution fondée sur le contrat n'est plus recevable à demander la résolution en vertu de la loi et réciproquement. La jurisprudence admet que la résolution conventionnelle et la résolution judiciaire sont deux droits distincts; que, par conséquent, le créancier peut exercer l'un à défaut de l'autre.

Un bail emphytéotique contenait la clause suivante : « Faute par le preneur d'avoir satisfait au payement de deux rendages échus, il sera loisible au propriétaire de résilier le bail sans devoir pour cela recourir aux tribunaux. » Le bailleur intenta une action contre l'emphytéote et conclut à la résolution du contrat. On prétendit, pour l'emphytéote, qu'en demandant la résolution en justice, le bailleur s'était soumis en tout à l'article 1184 et qu'il ne pouvait plus résilier le bail par sa seule volonté. La cour de Bruxelles repoussa ces prétentions. Demander la résolution au juge ce n'est pas reconnaître que l'on n'a pas le droit de résilier le bail en vertu du contrat; ce n'est pas davantage renoncer à la résolution conventionnelle; les renonciations ne se supposent pas facilement; on peut avoir plus d'un motif de faire reconnaître par le juge un droit que la convention accorde. Dans l'espèce, on pouvait d'autant moins admettre la renonciation que l'objet principal de l'action n'était pas la résolution du contrat (1).

170. Cela décide la question de chose jugée. La demande en résolution fondée sur le contrat a pour cause la volonté des parties contractantes exprimée dans l'acte. S'il est jugé qu'il n'y a pas de résolution conventionnelle, rien n'empêche que le créancier ne demande la résolution en vertu de la loi, car la loi est une autre cause; donc il n'y a point de chose jugée (2). Cela est aussi fondé en rai-

(1) Bruxelles, 5 juillet 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 223).
(2) Bruxelles, 12 mars 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 2. 167).

son. Le premier juge a décidé que le contrat n'était pas résolu de plein droit en vertu d'un pacte commissoire allégué par l'une des parties et nié par l'autre. Après cela on demande la résolution en vertu de l'article 1184; le débat est différent ; le juge n'a pas décidé dans la première instance qu'il n'y avait pas lieu à résolution, il a décidé qu'il n'y avait point de résolution de plein droit; reste la résolution judiciaire qui peut toujours être demandée, puisqu'elle est écrite dans la loi.

SECTION III. — Des obligations à terme.

§ Ier. *Notions générales.*

171. Pothier définit le terme un espace de temps accordé au débiteur pour s'acquitter de son obligation. La définition, reproduite par les auteurs modernes (1), est incomplète, puisque le terme peut aussi être stipulé en faveur du créancier. Il vaut donc mieux dire avec l'article 1185 que le terme est une clause qui retarde l'exécution de l'engagement.

172. Quand l'obligation est sans terme ni condition, on l'appelle pure et simple. Elle prend alors naissance au moment même où le contrat se parfait par le consentement des parties, et l'exécution en peut être exigée de suite et sans délai. L'obligation conditionnelle n'existe définitivement que lorsque la condition s'accomplit ; jusque-là son existence, en un certain sens et, par conséquent, son exécution sont suspendues. L'obligation à terme prend naissance au moment où le contrat se forme, mais son exécution est retardée jusqu'au terme fixé (2).

173. La cour de Bruxelles a fait une application remarquable de ces notions élémentaires. Un commerçant avait signé au profit de son beau-père un billet ainsi conçu : « Je reconnais avoir reçu de M. B... la somme de 2,800 francs que je promets de lui rembourser en espè-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 228. Duranton, t. XI, p. 120, n° 96.
(2) Toullier, t. III, 2, p. 402.

ces. » Il paya cette somme la veille de l'ouverture de sa faillite. Le curateur demanda la nullité du payement. Naissait la question de savoir si la dette était échue ou non et si le payement était frauduleux. Le tribunal de première instance décida que la dette était échue. En effet, le billet constatait un prêt, sans assignation d'époque pour en opérer le remboursement; or, toute obligation pure et simple est immédiatement et incessamment exigible. Il est vrai que l'article 1900 permet au juge d'accorder un délai à l'emprunteur pour la restitution si le contrat ne fixe pas de terme; mais cette disposition ne transforme pas la dette pure et simple en dette à terme; c'est une simple faculté dont le juge use d'après les circonstances, mais le juge ne pourrait pas déclarer l'action non recevable; ce qui prouve que la dette était exigible et que momentanément l'exigibilité est suspendue par la concession d'un terme de grâce; or, le terme de grâce n'empêche pas la dette d'être due, donc exigible. Le tribunal annula néanmoins le payement, parce qu'il avait été fait la veille du jour où le débiteur avait pris la fuite et alors qu'il laissait protester un effet de commerce accepté, échu et exécutable par corps, d'un import égal à la somme qu'il payait à son beau-père. Sur ce dernier point, la décision fut réformée en appel. Il ne suffit pas, pour qu'un acte soit frauduleux, que le débiteur ait agi en fraude de ses créanciers, il faut que le tiers soit complice de la fraude; or, il n'était pas établi que le beau-père eût connaissance de la cessation des payements de son gendre au moment où il recevait ce qui lui était dû (1).

174. Le terme peut être certain ou incertain. Il est certain quand l'événement qui constitue le terme arrivera nécessairement à une époque connue d'avance : c'est le terme ordinaire accordé au débiteur pour remplir son obligation.

Le terme est incertain, d'abord si l'époque où arrivera le jour pris pour terme est incertaine, quoiqu'il soit certain qu'il arrivera. Par exemple lorsque vous mourrez,

(1) Bruxelles, 19 juillet 1854 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 176).

lorsqu'un tiers mourra. Dans les legs, ce jour fait condition, car il est incertain si le légataire vivra quand l'événement s'accomplira. Dans les contrats il ne forme qu'un terme, par la raison que nous contractons pour nos héritiers.

Le terme est encore incertain si le jour pris pour terme est incertain, bien que l'époque où il arrivera, en cas qu'il arrive, soit certaine. Le terme, lorsque vous serez majeur, est un terme incertain sous ce rapport, et il peut résulter de cette incertitude que le fait juridique soit conditionnel.

Enfin, le terme est doublement incertain quand il est incertain s'il arrivera et, par conséquent, quand il arrivera. Ce terme est une véritable condition (1).

Il importe beaucoup de savoir si le terme fait condition, car la différence est grande entre l'obligation à terme et l'obligation conditionnelle. L'article 1185 pose le principe : « Le terme diffère de la condition en ce qu'il ne suspend point l'engagement dont il retarde seulement l'exécution. » Nous verrons les conséquences plus loin.

175. La manière dont le terme est conçu peut laisser du doute sur le point de savoir si les parties ont entendu traiter à terme ou sous condition. Il est stipulé que le débiteur payera *quand il le pourra*. N'est-ce pas une condition purement potestative que le débiteur est libre de ne pas remplir, en disant qu'il ne le peut pas? La loi répond à la question; l'article 1901 porte : « S'il a été seulement convenu que l'emprunteur payerait quand il le pourrait, ou quand il en aurait les moyens, le juge lui fixera un terme de payement suivant les circonstances. » Cette disposition s'applique par analogie à toutes les obligations, parce qu'il y a même motif de décider; les mots *je payerai quand je le pourrai* ne portent pas sur l'existence de l'obligation, celle-là est certaine; dès lors la dette doit être payée. Le débiteur a promis de l'exécuter quand il le pourrait, c'est-à-dire quand sa position le lui permettrait; cela ne veut pas dire qu'il soit libre de ne pas payer;

(1) Toullier, t. III, 2. p. 402, n° 651. Demolombe, t. XXV, p. 536, n° 572.

interpréter ainsi la clause, ce serait rendre la convention illusoire; or, il est de principe que l'on doit interpréter les clauses douteuses dans le sens avec lequel elles peuvent avoir quelque effet, plutôt que dans le sens avec lequel elles n'en pourraient produire aucun (1).

176. Si le débiteur dit qu'il payera quand il voudra, on pourrait croire que tout est potestatif de sa part. Ce serait annuler l'obligation; or, on doit supposer que les parties ont entendu traiter sérieusement. Il est certain que le débiteur même ne pourra pas être contraint à payer, car il s'est réservé la faculté de payer à sa volonté. Mais ses héritiers ne pourront pas opposer cette exception; elle est personnelle de son essence, sinon il en résulterait que la dette ne pourrait jamais être exigée, ce qui reviendrait à dire qu'il n'y a point de dette; or, l'existence de la dette est certaine, il n'y a que l'époque de l'exigibilité qui soit incertaine. La cour de Paris l'a jugé ainsi dans une espèce où l'acquéreur d'une ferme se réservait de payer le prix de 6,000 livres « à ses bons points et aisements. » On interpréta cette clause en ce sens qu'il dépendait de la volonté de l'acquéreur de fixer l'époque du payement; il ne paya point pendant sa vie, il avait donc usé de la plénitude de son droit; à sa mort, il n'avait plus de volonté à exprimer, et on ne pouvait pas étendre aux héritiers la même faculté, à moins de rendre indéfini le terme du payement; ce qui serait contraire au contrat même, puisqu'il stipulait que le remboursement se ferait (2).

177. Le terme est *de droit* ou *de grâce*. Il est *de droit*, dit Pothier, lorsqu'il fait partie de la convention qui a formé l'engagement, y étant renfermé ou expressément ou tacitement. La convention donne un *droit* au débiteur ou au créancier : la partie au profit de laquelle le terme est convenu ne demande pas une faveur en l'invoquant, elle demande l'exécution du contrat. Il n'en est pas de même du terme *de grâce*; l'expression seule marque que c'est une faveur. Jadis le prince pouvait l'accorder, aujourd'hui

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 87, note 3, § 303.
(2) Paris, 15 mars 1823 (Dalloz au mot *Obligations*, n° 1262).

cette faculté n'appartient qu'au juge, encore faut-il que la loi lui donne ce pouvoir, car c'est une dérogation à la rigueur du contrat; et le juge ne peut pas déroger aux conventions, pas plus qu'il ne peut déroger à la loi. Si le code le permet, c'est qu'il peut y avoir des motifs d'humanité qui l'emportent sur la rigueur du droit. Nous parlerons du terme de grâce aux divers titres où se trouve le siége de la matière (1).

Il y a des différences notables entre le terme de grâce et le terme de droit; nous nous bornons ici à les signaler. Le terme de droit empêche la compensation, parce qu'une dette à terme n'est pas exigible; tandis que, malgré le terme de grâce, la dette ne laisse pas d'être exigible et partant compensable. Quand le débiteur est déchu du terme de droit, il perd également le terme de grâce; mais il peut être déchu du terme de grâce et conserver le terme de droit, comme nous le dirons plus loin.

178. Le terme est *exprès* quand il résulte d'une clause expresse. Il est tacite quand il résulte de la nature des choses qui font l'objet de l'engagement, ou du lieu où le payement doit se faire d'après la convention. Par exemple, dit Pothier, si un entrepreneur s'est engagé à me bâtir une maison; je dois attendre la saison convenable pour exiger de lui qu'il remplisse ses engagements. Si quelqu'un s'est obligé de faire tenir une chose à Rome à mon correspondant, l'engagement implique le terme du temps nécessaire pour envoyer cette chose à Rome (2).

La jurisprudence offre des applications plus intéressantes. Un négociant s'oblige envers un homme de lettres à lui payer, à compter du 1er octobre 1835, une somme annuelle de 2,000 francs, payable jusqu'au moment où l'homme de lettres aurait trouvé un emploi à sa convenance. En 1843, le débiteur se refusa de payer. Il a été jugé que les parties n'avaient pas voulu créer une rente perpétuelle; qu'en stipulant que la somme de 2,000 francs serait payée jusqu'à ce que le créancier aurait trouvé un

(1) Art. 1184, 1244, 1655, 1656 et 1900. Code de p., art. 122-124. C. de. c., art. 157 et 187.

(2) Pothier, *Obligations*, n° 228.

emploi, elles avaient clairement manifesté leur intention de mettre un terme à l'engagement du débiteur; que, le terme n'étant pas stipulé expressément, on devait raisonnablement interpréter la stipulation et ne pas accorder un terme plus long que celui dont le créancier avait besoin pour se procurer un emploi (1).

La même cour a jugé que lorsqu'il n'est stipulé aucun délai pour remplir une obligation de faire, il appartient au juge de déterminer le délai dans lequel l'engagement sera exécuté, en prenant en considération l'objet du contrat et l'intention des parties contractantes (2).

179. La doctrine admet encore un *terme résolutoire* qui a quelque analogie avec la condition dont il porte le nom. On entend par là un événement incertain qui est assigné par une partie comme limite à la durée de son engagement. L'arrivée de cet événement résout l'obligation en ce sens qu'elle est éteinte; mais l'extinction n'a point lieu rétroactivement, l'obligation est seulement résolue pour l'avenir. C'est une différence essentielle entre le terme résolutoire et la condition résolutoire. Il suit de là que l'on doit appliquer à cette clause les principes qui régissent le terme et non ceux qui régissent la condition. L'obligation existe et produit tous ses effets d'une manière irrévocable jusqu'à ce que le terme résolutoire arrive; de sorte que le débiteur doit accomplir son engagement pour le passé, comme si l'obligation était pure et simple; et si le terme résolutoire arrive, le débiteur ne peut pas répéter ce qu'il a payé, et il doit encore acquitter ce qu'il n'a point payé. C'est une obligation à terme, le terme met fin à l'obligation; seulement, au lieu d'être certain, comme il l'est d'ordinaire, le terme dépend d'un événement futur et incertain (3).

(1) Bruxelles, 28 février 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 336).
(2) Bruxelles, 26 juin 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 257).
(3) Pothier, *Des obligations*, nº 224-226. Colmet de Santerre, t. V, p. 170, nº 103. Demolombe, t. XXV, p. 446, nºs 466 et 467.

§ II. *Effets du terme.*

N° 1. EN FAVEUR DE QUI LE TERME EST-IL STIPULÉ?

180. L'article 1187 porte que le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur. Cette présomption est fondée sur ce qui arrive ordinairement. D'ordinaire, comme le dit Pothier, le terme est un espace de temps accordé au débiteur pour payer, dans le but de rendre plus facile l'exécution de l'obligation. Il est donc naturel d'admettre comme règle que le terme est censé stipulé en faveur du débiteur; d'ailleurs, en cas de doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation (art. 1162).

L'article 1187 ajoute qu'il peut résulter de la stipulation ou des circonstances que le terme a aussi été stipulé en faveur du créancier. Cela suppose que le terme est stipulé en faveur des deux parties contractantes. Il en est ainsi dans le prêt à intérêt : le débiteur est intéressé au terme parce qu'il lui donne un délai nécessaire pour se procurer les fonds dont il a besoin pour le remboursement. Le créancier y est aussi intéressé, parce qu'il trouve un placement pour ses capitaux.

Le terme peut être stipulé uniquement en faveur du créancier. Il en est ainsi dans le dépôt. Le déposant a intérêt à ce que la chose soit gardée pendant le temps convenu; le dépositaire est, au contraire, intéressé à se décharger de son obligation le plus tôt possible. Cela peut aussi résulter des circonstances. J'achète des chevaux, en stipulant qu'ils me seront livrés pour la foire de Gand; je suis intéressé à les recevoir au délai fixé, puisque c'est à ce moment que j'ai chance de les revendre.

181. Ces distinctions servent à décider la question de savoir si le débiteur peut payer avant l'échéance du terme. Il n'y a aucun doute quand le terme est stipulé exclusivement en faveur du débiteur; il y peut renoncer, puisque chacun est libre de renoncer à ce qui est établi en sa fa-

veur (1). Le créancier ne peut pas refuser le payement, en disant que le débiteur ne doit pas avant l'échéance du terme, car celui qui a terme doit, comme le dit un vieil adage; la dette existe avec tous ses effets, sauf que le débiteur ne peut pas être forcé à payer avant l'échéance du terme.

Si le terme est stipulé en faveur du créancier, il est certain que le débiteur ne pourra pas payer avant l'échéance du terme contre le gré du créancier, car ce serait priver le créancier d'un droit qu'il tient de son contrat. Mais le créancier peut renoncer au bénéfice du terme, puisqu'il n'a été stipulé que dans son intérêt; dans ce cas, la dette devient pure et simple et, par conséquent, immédiatement exigible (2). La loi le dit en matière de dépôt (art. 1944); il faut décider la même chose dans tous les cas analogues, puisqu'il y a identité de raison.

182. Il y a quelque difficulté quand le terme est stipulé dans l'intérêt des deux parties contractantes. Un premier point est certain, c'est que l'une d'elles ne peut renoncer au terme au préjudice de l'autre. Ainsi dans un prêt, le débiteur ne peut pas restituer le capital pour faire cesser le cours des intérêts. Dans l'ancien droit, l'opinion contraire avait prévalu en haine de l'usure. Ces idées sont loin de nous (3); sous l'empire de la législation française, les intérêts légaux pouvaient être stipulés et, d'après notre législation, les parties sont libres de stipuler tel intérêt qu'elles veulent.

Autre est la question de savoir si le débiteur peut payer le capital avant l'échéance de la dette, en ajoutant les intérêts jusqu'au jour du terme. Les auteurs sont divisés. Nous croyons que le débiteur n'a pas ce droit; il ne peut

(1) Il a été jugé que la clause par laquelle il est dit que l'adjudicataire de biens de mineurs conservera le prix jusqu'à leur majorité, ou autre emploi qui pourrait être indiqué, n'empêche pas l'acheteur de se libérer plus tôt (Paris, 16 floréal an x, dans le *Répertoire* de Dalloz, n° 1794, 1°). Cela nous paraît douteux; conserver le prix est dans ce cas une obligation imposée à l'adjudicataire dans l'intérêt des mineurs.

(2) Toullier, t. III, 2, p. 419, n° 675. Colmet de Santerre, t. V, p. 180, nos 110 et 110 *bis*.

(3) Massé, *Droit commercial*, t. III, p. 382, n° 1861. L'opinion contraire de Demolombe est restée isolée (t. XXV, p. 587, n° 629).

pas, par sa seule volonté, déroger à la loi du contrat; pour le modifier en quoi que ce soit, il faut le consentement des deux parties contractantes. Vainement objecterait-on que le créancier n'éprouve aucun préjudice du payement anticipé. On a répondu qu'il pourrait se trouver embarrassé d'un capital pour lequel il n'aurait aucun placement sûr (1). Il y a une réponse plus péremptoire. Les conventions tiennent lieu de loi, donc le créancier peut refuser le payement qu'on lui offre, en se retranchant derrière son contrat : le débiteur fait ce qu'il n'a pas le droit de faire.

La jurisprudence est conforme à notre opinion. En l'an III, une maison est vendue avec charge par l'acheteur de payer à un tiers une somme de 22,000 livres; il est expressément convenu que ce payement ne pourra être fait avant six ans. Cependant l'acheteur, voulant profiter de la loi du 11 frimaire an VI relative au remboursement des obligations contractées pendant la dépréciation du papier-monnaie, fait des offres réelles de 821 livres en numéraire, représentant la somme de 22,000 livres en assignats. Un jugement déclara ces offres valables. La décision fut cassée. La cour dit que la clause du contrat qui prohibait le payement avant six années devait être exécutée à la rigueur. Quant à la loi de l'an VI, le tribunal en avait fait une fausse application, elle ne concernait que les prêts; or, l'acheteur n'est pas un emprunteur (2).

Dans une autre espèce, il avait été stipulé que le prix de vente ne serait payable qu'après le décès du vendeur et de sa femme, que jusqu'à leur mort ils en recevraient annuellement les intérêts. Cette clause avait aussi pour objet de mettre le vendeur à l'abri de la perte qu'il aurait éprouvée par la dépréciation du papier-monnaie. Pour éluder la clause, l'acheteur prétendit qu'elle devait être considérée comme une constitution de rente que le débi-

(1) Toullier, t. III, 2, p. 420, n° 677. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 386, note 14. En sens contraire, Duranton, t. XI, p. 126, n° 109, d'après Voet, XII, 1, 20.

(2) Cassation, 15 nivôse an VIII (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1268).

teur a le droit de rembourser avant le terme. La cour de cassation décida que le contrat litigieux n'établissait qu'une dette de capital avec terme imposé en faveur du créancier, et que ce terme ne pouvait être avancé sans son consentement (1).

Ces décisions prouvent que le créancier peut avoir intérêt à refuser le remboursement de la dette. Qu'il y ait intérêt ou non, il peut invoquer son contrat comme une loi.

N° 2. EFFET DU TERME AVANT SON ÉCHÉANCE.

183. Nous supposons le cas ordinaire, celui où le terme est stipulé au profit du débiteur. C'est aussi le cas que la loi prévoit dans les dispositions de la section II concernant les obligations à terme. Le principe qui domine cette matière est, du reste, applicable à toutes les hypothèses, c'est que le terme retarde seulement l'exécution de l'engagement (art. 1185); il est donc étranger à l'engagement lui-même et à ses effets. Il n'y a aucune différence entre l'obligation à terme et l'obligation sans terme, sinon que la première ne peut pas être exécutée immédiatement, tandis que la seconde est exigible aussitôt que le contrat est formé; mais l'exigibilité de la dette ou l'ajournement de l'exécution sont étrangers à l'essence de l'obligation; les effets sont donc identiques. Nous avons appliqué ce principe à la question des risques, malgré la mauvaise rédaction de l'article 1138; les obligations des parties sont les mêmes, qu'il y ait terme ou non; le débiteur doit toujours veiller à la conservation de la chose; si elle vient à périr par cas fortuit, il est libéré; le créancier doit donc, de son côté, remplir les obligations que le contrat lui impose. Il en est de même de la translation de la propriété, si le contrat a pour objet de la transférer; qu'il y ait terme ou non, la propriété est transmise au créancier dès que le contrat est parfait, et le contrat se parfait par le concours de consentement,

(1) Cassation, 3 brumaire an v (Dalloz, au mot *Obligation*, n° 1269).

sans distinguer s'il y a un terme ou s'il n'y en a pas (1).

184. L'article 1185 porte que le terme retarde l'exécution de l'obligation; la dette n'est donc pas exigible. C'est ce que dit l'article 1186. « Ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance du terme. » De là ce vieux dicton qui est populaire plutôt que juridique : « Qui a terme ne doit pas. » Le débiteur ne doit pas, en ce sens qu'avant l'échéance du terme il ne peut être forcé à payer, le créancier n'a pas d'action contre lui. En droit, on ne peut pas dire que le débiteur à terme ne doit rien, car l'obligation existe avec tous ses effets (n° 182), donc il y a un créancier et un débiteur. Le débiteur doit, mais il ne doit pas actuellement tant que le terme n'est pas échu (2). Si le créancier poursuit le débiteur, la demande doit être déclarée non recevable.

De là suit que les dettes à terme ne peuvent pas servir de compensation. En effet, la compensation est un payement qui a lieu en vertu de la loi; elle suppose donc que chacune des parties peut forcer immédiatement l'autre à payer ce qu'elle doit; or, quand deux dettes sont, l'une sans terme, l'autre à terme, le créancier de la première peut bien contraindre le débiteur à payer, mais le créancier de l'autre n'a point ce droit; partant la compensation ne peut se faire, car elle aboutirait à faire payer celui des débiteurs qui n'y est pas tenu pour le moment, en vertu du terme qu'il a stipulé (3).

185. Le débiteur paye avant l'échéance du terme : quel sera l'effet de ce payement? « Ce qui a été payé d'avance, dit l'article 1186, ne peut être répété. » Si le débiteur paye d'avance, sachant qu'il a un terme, il est certain qu'il ne peut pas répéter, car en payant sciemment, alors qu'il ne doit pas encore, il renonce au bénéfice du terme; la dette devient pure et simple, il paye ce qu'il doit, dès lors il n'y a pas lieu à répétition. D'ailleurs la répétition de l'indû suppose que celui qui paye ce qu'il ne doit pas, le fait par erreur. S'il paye sciemment ce qu'il

(1) Voyez le tome XVI de mes *Principes*, p. 271, n° 211.
(2) Toullier, t. III, 2, p. 410, n° 662.
(3) Pothier, *Des obligations*, n° 232.

ne doit pas, il ne peut pas répéter, comme nous le dirons au titre des *Quasi-contrats*.

Est-ce là tout ce que l'article 1186 veut dire? S'il en était ainsi, la disposition serait inutile, car la chose est évidente, puisqu'elle n'est que l'application des principes généraux. Nous croyons que l'article 1186 a un autre sens; il signifie que le débiteur ne peut répéter ce qu'il a payé avant l'échéance du terme, quand même il aurait payé par erreur, c'est-à-dire ignorant qu'il avait un terme. Tel est bien le sens littéral de la disposition; l'article 1186 dit d'une manière absolue que ce qui a été payé d'avance ne peut être répété. Et tel est aussi l'esprit de la loi, c'est-à-dire l'intention du législateur. Il suffit de mettre les articles 1185 et 1186 en regard de ce que Pothier dit sur les effets du terme, pour se convaincre que les auteurs du code ont suivi pas à pas leur guide habituel. Pothier commence par dire, comme le fait l'article 1185, que le terme diffère de la condition en ce que la condition suspend l'engagement qui doit former la convention; tandis que le terme ne suspend pas l'engagement, mais en diffère seulement l'exécution. Pothier applique ensuite cette distinction au cas où le débiteur conditionnel ou à terme payerait avant l'arrivée de la condition ou avant l'échéance du terme; ce passage nous paraît décisif, nous le transcrivons : « Celui qui a promis sous condition n'*est pas débiteur* jusqu'à l'échéance de la condition; il y a seulement espérance qu'il pourra l'être; d'où il suit que si, *par erreur*, il payait avant la condition, il pourrait répéter ce qu'il a payé comme chose non due. *Au contraire*, celui qui doit à un certain terme qui n'est pas encore échu *est vraiment débiteur*; et s'il payait avant le terme, il ne pourrait répéter, *parce qu'il aurait payé ce qu'il devait effectivement*. » Pothier ajoute, ce que dit aussi l'article 1186, que quoiqu'il soit débiteur, on ne peut, jusqu'à l'échéance du terme, exiger de lui ce qu'il doit (1).

Voilà, à la lettre, les dispositions de l'article 1186 avec leur commentaire puisé à la source où les auteurs du

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 230.

code ont puisé. Pothier suppose un payement fait *par erreur* par un débiteur conditionnel et par un débiteur à terme. Le premier peut répéter : pourquoi? Parce qu'il ne doit pas. Le second ne peut pas répéter : pourquoi? Parce qu'il doit. Or, celui qui paye ce qu'il *doit* ne peut pas agir en répétition de l'*indû;* donc il faut dire, avec l'article 1186 : ce qui a été payé avant l'échéance du terme ne peut être répété (1).

186. Ce premier point ne nous paraît pas douteux. Mais il y a une autre difficulté sur laquelle il y a réellement doute. Le débiteur qui paye aujourd'hui par erreur une somme de 1,000 francs, qu'il ne devait payer que dans un an, paye ce qu'il devait quant au capital; il ne peut donc pas le répéter, mais il paye ce qu'il ne devait pas en ce qui concerne les intérêts ou l'escompte; le créancier profite, de ce chef, d'une somme de 50 francs qui ne lui était pas due; il y a donc payement indû fait par erreur et, par suite, il y a lieu à répétition (2). Cette opinion est fondée sur les principes qui régissent la répétition de l'indû. Pour la rejeter, il faut prouver que les auteurs du code ont entendu déroger à ces principes. On invoque, en faveur de cette interprétation, le passage de Pothier que nous venons de transcrire. Est-il aussi décisif pour l'escompte qu'il l'est pour le capital? A vrai dire, Pothier ne s'occupe pas de cette question dans le numéro 230 de son traité des *Obligations;* mais il la décide dans son traité intitulé de l'*Action condictio indebiti* (n° 152). Il y maintient sa décision : le débiteur, dit-il, ne peut pas plus répéter l'escompte que le capital. Quelle en est la raison? Est-ce parce que Pothier entend déroger aux principes de l'action en répétition de l'indû? Non, son motif de décider est que l'escompte est illicite aussi bien que l'intérêt; il en conclut que l'escompte ne pouvant être licitement stipulé, il ne peut pas, à plus forte raison, être demandé par voie de répétition, alors qu'il n'a pas été pro-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 177, n° 108 *bis* II. Aubry et Rau, t. IV, p. 88, note 10, § 303.

(2) Duranton. t. XI, p. 128, n° 113. Marcadé, t. IV, p. 454, n°s I et II de l'article 1186. Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 548.

mis. On le voit, Pothier, en refusant au débiteur à terme qui a payé d'avance par erreur toute action en répétition, tant pour l'escompte que pour le capital, ne fait qu'appliquer les principes généraux de droit; par application de ces principes, il aurait accordé au débiteur la répétition de l'escompte; s'il la lui refuse, ce n'est pas parce qu'il veut faire une exception à la répétition de l'indû, c'est parce que l'escompte n'est pas dû et ne pouvait pas même être stipulé, puisque l'intérêt était prohibé comme une usure. Sous l'empire des nouveaux principes qui régissent les intérêts, Pothier aurait décidé, sans doute aucun, que le débiteur pouvait répéter l'escompte comme l'ayant payé indûment par erreur. Donc, en le décidant ainsi, nous ne faisons que suivre la doctrine de Pothier, doctrine modifiée par le changement qui est intervenu dans la législation sur l'intérêt et l'escompte.

L'opinion que nous combattons (1) aboutit à admettre une exception aux principes de la répétition de l'indû. Or, une exception demande un texte : où est ce texte? L'article 1186, nous croyons l'avoir prouvé, ne fait que consacrer les principes généraux de droit. Nous ajoutons qu'il n'y avait pas de raison de faire une exception. On parle des difficultés qui se présentent dans l'application, quand il s'agira d'apprécier l'avantage que le créancier a retiré du payement anticipé. M. Demolombe répond très-bien que ces mêmes inconvénients se présentent dans toute action en répétition de l'indû; celui qui a reçu le payement indû est tenu de restituer en tant qu'il s'est enrichi, lorsqu'il est de bonne foi, et il est toujours très-difficile d'évaluer ce bénéfice (2). Après tout, les inconvénients ne peuvent pas l'emporter sur les principes; or, il y a un principe d'équité qui domine cette matière et qui est décisif : il n'est pas permis de s'enrichir aux dépens d'autrui; or, le créancier s'enrichirait aux dépens du débiteur s'il pouvait garder l'escompte que le débiteur a payé par erreur. Il est vrai que l'article 1186, entendu

(1) C'est celle de Colmet de Santerre et d'Aubry et Rau (plus haut, p. 200, note 1).
(2) Demolombe, t. XXV, p. 590, n° 633.

comme nous l'expliquons, est une disposition inutile; mais cela ne prouve pas qu'on doive l'interpréter contrairement aux principes.

187. Le débiteur à terme ne pouvant pas être forcé à payer, le créancier ne peut faire aucun acte d'exécution sur ses biens. Cela est d'évidence, car l'action sur les biens est une conséquence de l'action contre la personne, et le créancier ne peut pas poursuivre la personne. Il en serait ainsi même de la saisie-arrêt. Nous en avons dit la raison en traitant de l'obligation conditionnelle (n° 89); les motifs de décider sont les mêmes; il est vrai qu'à la différence du débiteur conditionnel, le débiteur à terme est débiteur, mais il ne l'est pas en ce sens qu'il puisse être poursuivi.

188. Le créancier à terme peut faire les actes conservatoires de son droit; la loi ne le dit pas, mais il était inutile de le dire. En effet, si le créancier conditionnel peut faire les actes conservatoires, on doit accorder à plus forte raison ce droit au créancier à terme dont la créance est certaine. La difficulté est de savoir quels sont les actes conservatoires que le créancier a le droit de faire. Il y en a un qui est essentiellement conservatoire, c'est l'interruption de la prescription. Mais la question n'a aucun intérêt pour le créancier à terme, car, d'après l'article 2257, « la prescription ne court point à l'égard d'une créance à jour fixe jusqu'à ce que ce jour soit arrivé. » Le créancier conserve donc son droit sans qu'il soit tenu d'interrompre la prescription; la raison en est qu'il n'a pas d'action; or, la prescription n'éteint que l'action (1).

Le créancier pourrait-il former une demande avant l'échéance du terme pour obtenir une condamnation dont l'exécution serait retardée jusqu'à l'échéance du terme? Non, ce ne serait pas là un acte simplement conservatoire, c'est une poursuite contre le débiteur, une action judiciaire; or, avant que le terme soit échu, le créancier n'a pas le droit d'agir. La condamnation qu'il obtiendrait

(1) Demolombe, t. XXV, p. 576, n°s 612 et 615.

nuirait au crédit du débiteur, quand même elle ne serait pas immédiatement exécutée. D'ailleurs les tribunaux n'ont pas le droit de condamner pour l'avenir : leur mission est de prêter mainforte aux droits actuels que le débiteur méconnaît ; il faudrait une disposition formelle de la loi pour les autoriser à condamner pour l'avenir celui qui, au point de vue de la poursuite en justice, n'est pas encore débiteur (1).

189. Autre est la question de savoir si le créancier, porteur d'un écrit sous seing privé, peut en demander la reconnaissance au débiteur, et s'il y a lieu, la vérification en justice. Si la question pouvait être décidée d'après les principes, nous n'hésiterions pas à répondre négativement. La procédure en vérification d'écriture est aussi une action judiciaire, donc un acte d'exécution, et le créancier ne peut faire aucun acte d'exécution. On objecte que vérifier l'écriture est un acte conservatoire ; cela n'est pas exact. Les actes de conservation sont ceux que le créancier a intérêt de faire, parce que, sans ces actes, son droit risquerait de périr en tout ou en partie. Or, l'écrit conserve sa force probante aussi longtemps que l'action dure ; dès lors le créancier n'a aucun motif légitime d'agir (2). Toutefois la tradition est contraire, et elle a été consacrée implicitement par la loi du 3 septembre 1807, dont l'article 1er est ainsi conçu : « Lorsqu'il aura été rendu un jugement sur une demande de reconnaissance d'obligation sous seing privé, formée avant l'échéance ou l'exigibilité de ladite obligation, il ne pourra être pris aucune inscription hypothécaire en vertu de ce jugement, qu'à défaut de payement de l'obligation après son échéance ou son exigibilité, à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire. » Cette loi a été portée pour trancher une controverse sur laquelle la cour de cassation était en conflit avec des cours d'appel. Le créancier pouvait-il requérir l'inscription en vertu du

(1) Colmet de Santerre, t. V. p. 180, n° 109 *bis*. Comparez, en sens contraire, les auteurs et les arrêts cités par Dalloz, au mot *Obligations* n° 1277.

(2) Demolombe, t. XXV, p. 577, n° 616.

jugement de vérification avant l'échéance de la date, ou devait-il attendre l'échéance? La loi de 1807 s'est prononcée contre la jurisprudence de la cour de cassation. D'après notre loi hypothécaire, la question tombe, puisqu'il n'y a plus d'hypothèque judiciaire. Toutefois il reste vrai de dire que la loi du 3 septembre reconnaît au créancier d'une dette à terme le droit d'agir en vérification; elle maintient donc le droit traditionnel.

N° 3. EFFET DU TERME APRÈS SON ÉCHÉANCE.

190. D'après les articles 1185 et 1186, le terme suspend l'exécution de l'engagement, de sorte que ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance du terme. Il suit de là que lorsque le terme est échu, l'exécution n'est plus suspendue, et que le payement de la dette peut être exigé; l'obligation devient pure et simple. Cela est d'évidence; mais il importe de déterminer à partir de quel jour la dette devient exigible. La tradition, la doctrine et la jurisprudence ont consacré les règles suivantes.

191. La dette ne devient exigible que le lendemain du jour où le terme échoit. Dans le langage de l'école on dit que le *dies ad quem*, le jour de l'échéance, est compris dans le terme, il en fait partie; cela signifie que le jour de l'échéance est accordé tout entier au débiteur, ce qui est fondé en raison, car avant que ce jour soit écoulé, on ne peut pas savoir si le débiteur paye ou ne paye pas. Je dois vous payer 1,000 francs au 1er mars, ce n'est que le 2 mars que vous pourrez poursuivre le payement de la dette.

Le *dies à quo*, c'est-à-dire le jour où le terme commence à courir, est-il aussi compris dans le délai? Je souscris le 1er mars un billet de 1,000 francs payable dans dix jours. Si le 1er mars est compté dans le terme de dix jours, le jour de l'échéance sera le 10 mars, et, par conséquent, la dette sera exigible le lendemain, 11 mars. Si l'on ne compte pas le 1er mars, le billet sera exigible seulement le 12. Il est de tradition que l'on ne

compte pas le *dies à quo* dans le délai. Cet usage est fondé en raison. A la vérité, le temps se compte et court de moment en moment; donc, d'après les règles des mathématiques, le terme devrait courir à partir de l'instant où le contrat est parfait. Cela donnerait lieu, dans la pratique, à mille difficultés que les interprètes ont sagement prévenues en établissant que le *dies à quo* ne sera point compté. On peut citer, à l'appui du principe traditionnel, l'article 2260 qui décide que la prescription se compte par jours et non par heures.

192. Reste à savoir comment on compte les jours, les mois et les années. Pour les jours, il n'y a jamais de doute; on les calcule de minuit à minuit : c'est le jour civil, il n'est écoulé que lorsque la dernière heure du jour sonne.

Quant aux mois, on demande s'il faut compter les délais convenus par mois astronomiques ou par mois civils. Toullier a raison de dire que si les interprètes, au lieu de consulter les textes du droit romain, s'en étaient tenus au simple bon sens, il ne se serait jamais élevé de difficulté sur ce point. Ne faut-il pas compter les mois tels que les parties les ont entendus? et est-ce que les contractants savent ce que c'est qu'un mois astronomique? Le code de commerce a sanctionné la réponse que le bon sens fait à ces questions (art. 132).

Pour le calcul de l'année, il n'y a aucune difficulté; on compte les douze mois; le dernier jour du douzième mois est encore compris dans le terme (n° 191). Le 1er mars 1873, je m'oblige à vous payer une somme de 1,000 francs dans un an; le 1er mars de l'année 1873 n'est pas compris dans le délai, le 1er mars 1874 y est compris; le dernier jour du délai sera donc le 1er mars 1874 et c'est le 2 que la dette sera exigible (1).

193. Le créancier peut agir à l'échéance contre le débiteur, mais il n'est pas forcé de le faire, pas plus que le créancier pur et simple n'est tenu de poursuivre immé-

(1) Toullier, t. III, 2, p. 423, n° 683. Demolombe, t. XXV, p. 605, nos 616-648.

diatement l'exécution de l'engagement contracté en sa faveur. Seulement, s'il reste dans l'inaction, il risque de voir sa créance prescrite. Du reste, il conserve tous ses droits, même contre la caution, si le débiteur devenait insolvable. Nous reviendrons sur ce dernier point au titre du *Cautionnement*.

Ces principes reçoivent exception en matière de lettres de change. Le créancier doit agir, dans ce cas, comme le code de commerce le lui prescrit (art. 117, 160, 161, 170 et 171). L'exception confirme la règle (1).

§ III. *Déchéance du terme.*

N° 1. CAUSES DE DÉCHÉANCE.

I. *Faillite.*

194. Pothier pose le principe que le code suit en cette matière : « Le terme que le créancier accorde au débiteur est censé avoir pour fondement la confiance en sa solvabilité ; lors donc que ce fondement vient à manquer, l'effet du terme cesse. » Par application de ce principe, l'article 1188 dispose que le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite. Il est de principe que la faillite du débiteur rend toutes ses dettes exigibles. La raison en est, d'abord, que le créancier n'avait suivi la foi du débiteur, en lui accordant un terme, que parce qu'il le croyait solvable ; le créancier ne lui aurait pas accordé de terme s'il avait prévu qu'il tomberait en faillite. Ensuite, pour faciliter la liquidation de la faillite, il importe que les dettes à terme deviennent exigibles ; le droit des créanciers est certain, on ne peut donc les écarter ; si le terme était maintenu, on retarderait ou l'on embarrasserait la liquidation de la faillite. L'intérêt de la masse est donc d'accord avec celui des créanciers à terme (2).

(1) Demolombe, t. XXV. p. 609, n°s 650 et 651.
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 111 *bis* I. Demolombe, t. XXV, p. 614, n° 657.

Quand y a-t-il faillite? D'après le code de commerce de 1808 (art. 448), le fait de la faillite, résultant de la cessation des payements, suffisait pour rendre exigibles les dettes non échues; le nouvel article 444 ne se contente plus du fait que le commerçant a cessé ses payements, il exige un jugement déclaratif de la faillite, ce qui est plus juridique; en effet, un commerçant n'est pas en faillite par cela seul qu'il cesse ses payements, il faut qu'il intervienne un jugement qui constate cette cessation et déclare la faillite (1).

195. Les commerçants seuls sont constitués en faillite. Quant aux non-commerçants insolvables, on dit d'eux qu'ils sont en déconfiture. On demande si la déchéance prononcée par l'article 1188 s'applique à la déconfiture aussi bien qu'à la faillite. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour admettre l'affirmative. Nous nous rangeons à l'opinion générale, mais il importe de préciser le vrai motif de décider. Il y a là un doute très-sérieux. L'article 1188 prononce une déchéance, et l'on doit dire des déchéances ce que l'on dit des peines; il n'y en a pas sans loi, d'où suit que les textes qui les établissent sont de stricte interprétation. Que répond-on à l'objection? On invoque d'abord l'analogie: la raison pour laquelle la loi prononce la déchéance contre le débiteur failli s'applique identiquement au cas de déconfiture. Dans la rigueur des principes, l'analogie n'est point admissible en cette matière, on n'étend pas les peines ni les déchéances par voie d'analogie. D'ailleurs il n'y a pas identité de motifs. Pourquoi le failli est-il déchu du terme? Les nécessités de la liquidation, par conséquent, l'intérêt même des créanciers l'exige. Or, en cas de déconfiture, il n'y a point de masse, pas de liquidation commune, donc il n'est pas rigoureusement nécessaire qu'il y ait déchéance (2). Au conseil d'Etat, Treilhard a dit qu'il y a plus qu'analogie entre la faillite et la déconfiture, qu'il y a identité: « On peut faillir sans être marchand; à la vérité, la faillite alors est appelée

(1) Metz, 16 décembre 1868 (Dalloz, 1869, 2, 206).
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 182, n° 111 *bis* I, et tous les auteurs.

déconfiture, mais peu importe la dénomination lorsque la chose est (1). » Nous convenons que le législateur aurait dû appliquer à la déconfiture ce qu'il dit de la faillite, la raison donnée par Pothier était suffisante; mais peut-on, dans le silence de la loi, créer une déchéance? Telle est la difficulté. Elle ne peut trouver sa solution que dans les textes; et il y a des textes qui appliquent le principe de l'article 1188 à la déconfiture. « Le vendeur, dit l'article 1613, ne sera plus obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le payement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture. » La loi met donc la déconfiture sur la même ligne que la faillite, quand il s'agit d'enlever au débiteur le bénéfice du terme. L'article 1913 est conçu dans le même esprit : « Le capital de la rente constituée en perpétuel devient exigible en cas de faillite ou de déconfiture du débiteur. » Ces deux dispositions ne font qu'appliquer le principe de l'article 1188 et elles prouvent que dans cet article le législateur s'est servi du mot *faillite* pour marquer l'état d'insolvabilité de tout débiteur, commerçant ou non, comme Treilhard le disait au conseil d'Etat. Le langage est impropre, mais l'intention du législateur nous paraît évidente. La jurisprudence est constante en ce sens (2).

196. La déconfiture donne lieu à une difficulté particulière. Elle n'est pas prononcée par jugement; comment donc saura-t-on si le débiteur est en état d'insolvabilité? Il faut d'abord qu'il y ait insolvabilité. La coutume de Paris définissait la déconfiture en ces termes : « Le cas de déconfiture est quand les biens du débiteur, tant meubles qu'immeubles, ne suffisent pas aux créanciers apparents. » Il suit de là que la déconfiture est autre chose que la faillite. Un commerçant est en faillite quand il cesse ses payements, alors même que son actif excéde-

(1) Séance du conseil d'Etat, du 18 brumaire an XII, n° 11 (Locré, t. VI, p. 88).

(2) Voyez les arrêts rapportés dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1296. Il faut ajouter l'arrêt de Metz précité (ci-dessus, p. 207, note 1), et Rouen, 29 juin 1871 (Dalloz, 1873, 2, 206).

rait son passif, ce qui peut arriver quand il cesse ses payements par suite d'une gêne momentanée et d'embarras accidentels. Un non-commerçant n'est pas en déconfiture par cela seul qu'il cesse ses payements, si du reste ses biens suffisent pour acquitter ses dettes. En fait, il arrivera le plus souvent que le débiteur qui cesse de payer est au-dessous de ses affaires; quand les deux faits concourent, il n'y a plus de doute sur l'état de déconfiture; seulement, il importe de remarquer que la cessation de payements à elle seule ne suffit point (1). C'est ce qu'a très-bien jugé la cour de Caen. Pour établir que, dans l'espèce, le débiteur était en déconfiture, elle commence par constater que, le 30 septembre 1841, il avait laissé protester un billet de 2,000 francs; que, le 7 décembre, deux condamnations avaient été prononcées contre lui pour deux autres billets; que quelques jours plus tard, il avait subi une nouvelle condamnation; que, le 1er janvier 1842, il avait annoncé ses embarras à ses créanciers en leur demandant un arrangement; que, vers la même époque, il avait vendu son mobilier et en avait distribué le prix entre ses créanciers; que, le 10 janvier, il avait également vendu ses immeubles pour payer ses dettes et que le prix ne suffisait pas pour les acquitter toutes. La cour en conclut que dès le 31 décembre 1841 le débiteur était en état de déconfiture, parce qu'il avait cessé ses payements et que son actif était inférieur à son passif : double circonstance, dit l'arrêt, qui caractérise la déconfiture (2).

197. Les faits ne sont pas toujours aussi caractérisés et la jurisprudence est parfois contradictoire. Comme il ne faut pas de jugement qui déclare la déconfiture et que la loi ne la définit point, la question devient une difficulté de fait, ce qui explique les décisions, contradictoires en apparence, rendues par les cours. Nous croyons qu'il faut s'en tenir à la tradition, dans le silence du code, et, par conséquent, appliquer la définition que donne la cou-

(1) Demolombe, t. XXV, p. 631, nos 666 et 667. En sens contraire, Larombière, t. II, p. 485, no 4 de l'article 1188 (Ed. B., t. I, p. 502).
(2) Caen, 23 mai 1842 (Dalloz, au mot *Obligations*, no 1296, 1o).

tume de Paris : le passif doit excéder l'actif, et pour que cet état d'insolvabilité soit certain, il faut que les meubles et les immeubles du débiteur aient été saisis et vendus. C'est ce que dit la cour de Liége. L'appelant, dit l'arrêt, n'avait pas seulement laissé passer deux années sans payer les intérêts du capital emprunté à l'intimé, mais ses meubles avaient été saisis et vendus et ses immeubles avaient été expropriés (1). L'arrêtiste en conclut que le débiteur est en déconfiture quand il est notoirement insolvable. La cour de Liége ne dit pas cela ; la notoriété est une chose très-vague et l'insolvabilité est un fait très-positif. Il a été jugé que de simples présomptions, la notoriété même d'insolvabilité, sont insuffisantes pour caractériser la déconfiture : il faut, dit la cour de Rennes, que des saisies mobilières ou immobilières des biens du débiteur attestent son impuissance à remplir ses engagements (2).

Un procès-verbal de carence suffirait-il? L'affirmative a été jugée par la cour de Lyon (3). Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de cassation : l'état de déconfiture, dit la cour, ne résulte pas uniquement d'un procès-verbal de carence des meubles du débiteur, mais de la preuve de son insolvabilité après la discussion de tous ses biens, tant meubles qu'immeubles (4). En droit, nous préférons cette dernière décision. Cependant il se peut qu'en fait la cour de Lyon ait eu raison ; si le débiteur ne possédait pas d'immeubles, il est évident que le procès-verbal de carence prouvait son insolvabilité.

Il y a des arrêts qui semblent confondre la faillite et la déconfiture. On lit dans un arrêt de la cour de Bruxelles que, selon les principes de l'ancienne jurisprudence, tant française que belgique, le débiteur non commerçant peut être également en faillite et que ces principes sont encore ceux de notre législation nouvelle. Cela

(1) Liége, 9 mars 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 129).
(2) Rennes, 24 mars 1812 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 398).
(3) Lyon, 3 août 1833 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1296, 1°).
(4) Rejet, 21 mars 1822 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1687). Comparez Toulouse, 20 novembre 1835 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1297).

est trop absolu, et la cour n'avait pas besoin d'invoquer les règles qui gouvernent la faillite pour juger que, dans l'espèce, le débiteur était en déconfiture; l'insolvabilité était évidente. Sur l'éveil donné par l'un des créanciers, dit l'arrêt, il y eut, à un jour donné, irruption violente des créanciers à charge du débiteur avec cessation publique de payements; le débiteur, qui était président d'un tribunal dans les Flandres, cessa d'exercer ses fonctions, et abandonna toutes ses affaires : l'insolvabilité était plus que notoire (1).

Les faits jouent un grand rôle en cette matière. Comme il n'y a pas de définition légale, on ne peut pas exiger que nécessairement tous les biens du débiteur aient été saisis et vendus. Dans une espèce jugée par la cour de Bruxelles, il y avait eu une distribution de deniers provenant de la vente des meubles; il serait inutile, dit la cour, pour établir l'insolvabilité, d'attendre la discussion du peu de biens qui restent au débiteur, parce qu'ils sont dans une énorme disproportion avec le fardeau des dettes non acquittées (2). Il se peut même que, sans saisie aucune, l'insolvabilité du débiteur soit constante; la cour de Bruxelles a jugé, et avec raison, que le débiteur qui convoque ses créanciers pour leur proposer des arrangements est en état de déconfiture; il avoue par là que ses dettes dépassent son avoir et qu'il est dans l'impossibilité de les payer (3).

198. L'application de l'article 1188 a donné lieu à d'autres difficultés. La loi dit que le débiteur est déchu du bénéfice du terme. Que faut-il décider s'il n'y a point de terme fixe? Le débiteur s'engage à rembourser le capital avec facilité de payement et, dans tous les cas, lors du premier héritage qu'il fera ; son père se porte caution. Quelques jours après, le débiteur est déclaré en faillite. La dette est-elle devenue exigible contre lui et contre la caution? Il a été jugé que le débiteur n'était pas déchu du terme. Le terme était indéfini et le créancier avait

(1) Bruxelles, 17 ou 7 février 1810 (Dalloz, au mot *Priviléges*, nº 1). 428
(2) Bruxelles, 23 mars 1811 (Dalloz, au mot *Vente*, nº 1685).
(3) Bruxelles, 23 décembre 1840 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 214).

accordé ce délai illimité, précisément parce que le débiteur était déjà en état de déconfiture; donc on ne se trouvait ni dans le texte ni dans l'esprit de l'article 1188 (1).

199. La doctrine et la jurisprudence étendent à la déconfiture la déchéance que l'article 1188 prononce en cas de faillite. Mais la loi n'a pas entendu assimiler en tout la faillite et la déconfiture; comme il y a des règles toutes spéciales en cas de faillite, il en résulte une espèce de conflit entre le droit civil et le droit commercial. Il a été jugé que les créanciers hypothécaires ne sont pas soumis aux règles de la faillite, en ce qui concerne l'affirmation et la vérification des créances. Est-ce à dire que, n'étant pas soumis à la loi commerciale, ils ne peuvent pas invoquer les droits qui résultent de la faillite pour les créanciers à terme? On l'a soutenu, mais la jurisprudence s'est prononcée pour l'opinion contraire. Il y a, sur ce point, un arrêt très-bien motivé de la cour d'Angers. L'article 1188 ne distingue pas entre les divers créanciers, et la disposition de l'article 444 du code de commerce est tout aussi générale. Introduire une distinction, ce n'est plus interpréter la loi, c'est l'abroger partiellement. L'esprit de la loi est aussi clair que son texte. Les créanciers hypothécaires et la masse chirographaire sont également intéressés à ce que les créances hypothéquées sur les immeubles du failli soient liquidées concurremment avec les créances chirographaires; l'hypothèque peut être une garantie insuffisante; or, la garantie réelle n'enlève pas au créancier les droits qu'il tient de sa créance personnelle; il a donc droit et intérêt à réaliser immédiatement son gage, afin d'être compris dans les distributions pour la partie de sa créance qui n'est pas garantie par l'hypothèque. De leur côté, les créanciers chirographaires sont intéressés à ce que les immeubles hypothéqués soient vendus de suite, parce que l'excédant du prix, s'il y en a, leur sert de gage (2).

(1) Bruxelles, 25 mai 1861 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 137).
(2) Angers, 15 mai 1861 (Dalloz, 1861, 2, 107). Agen, 20 février 1866 (Dalloz, 1866, 2, 149). Comparez, en sens divers, les autorités citées par Aubry et Rau, t. IV, p. 89, note 17, § 303.

200. Le code de commerce contient des dispositions spéciales pour garantir les créanciers contre les actes que le débiteur ferait en fraude de leurs droits. Ainsi il permet d'annuler les inscriptions prises dans les dix jours de la cessation des payements pour une dette contractée plus de quinze jours auparavant. Appliquera-t-on ces dispositions au créancier hypothécaire qui a contracté avec un débiteur non commerçant en apparence? La difficulté s'est présentée dans l'espèce suivante. Par acte du 24 août 1842, un notaire consent une hypothèque pour sûreté d'un prêt de 120,000 francs qui lui avait été fait précédemment. Le créancier n'inscrivit son hypothèque que le 6 mai 1843; le 11 mai, le débiteur disparut de son domicile; le 29 juin, la faillite fut déclarée et reportée au jour de la disparition du notaire. Deux jours avant la déclaration de faillite, le créancier hypothécaire avait pratiqué une saisie sur les biens hypothéqués. Les syndics de la faillite en demandèrent la nullité ; d'abord, parce qu'elle était faite en vertu d'une créance non échue, puis parce que l'inscription avait été prise dans les dix jours de la cessation des payements. La cour de Rouen et, sur pourvoi, la cour de cassation décidèrent que le débiteur avait perdu le bénéfice du terme au moment où la saisie fut pratiquée, puisque sa fuite constatait son insolvabilité. Pouvait-on appliquer au créancier les dispositions de la loi commerciale? La cour de cassation semble décider la négative; elle dit que le débiteur n'avait que la qualité de notaire et qu'aucune poursuite n'avait eu lieu pour déclarer sa faillite à l'époque où ses immeubles furent saisis. Il nous semble que la loi commerciale était applicable, du moment que le notaire était constitué en faillite à titre de commerçant. On doit donc s'en tenir à la décision de la cour d'appel qui jugea, en fait, qu'il n'y avait pas lieu d'annuler l'inscription, puisque toutes les circonstances de la cause prouvaient la bonne foi du créancier (1).

(1) Rejet, 10 mars 1845 (Dalloz, 1845, 1, 209).

II. *Diminution des sûretés conventionnelles.*

201. Le débiteur est encore déchu du bénéfice du terme, « lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. » Quel est le motif de cette déchéance? Le rapporteur du Tribunat l'a développé dans son rapport : « Le terme n'a été accordé qu'en faveur des intérêts qu'avait le créancier; quand la confiance diminue par la diminution des causes qui l'avaient fondée, il faut que la loi le laisse agir, comme il aurait agi s'il n'avait pas eu sa sûreté tout entière au moment du contrat (1). » C'est dire que le créancier ne traite avec le débiteur que sous condition de jouir des sûretés qui lui sont accordées par le contrat. On doit donc appliquer le principe de la condition résolutoire tacite; le débiteur manque à son engagement en diminuant par son fait les sûretés sans lesquelles le créancier n'aurait point traité; dès lors le créancier doit avoir le droit de demander le remboursement de sa créance. Il n'est pas même tenu de la demander; la loi prononce la déchéance du débiteur en disposant qu'il ne peut plus réclamer le bénéfice du terme. Seulement la nature des choses s'oppose à ce que cette déchéance ait lieu de plein droit. Deux conditions sont requises pour que le débiteur soit privé du bénéfice du terme. Il faut d'abord qu'il ait donné par le contrat des sûretés à son créancier; il faut ensuite que par son fait il ait diminué ces sûretés.

202. Il faut que le débiteur ait donné par le contrat des sûretés à son créancier : telles sont l'hypothèque et le gage. Si le créancier stipule une hypothèque, la garantie réelle devient une condition du contrat; le débiteur ne peut rien faire qui diminue les droits du créancier. Il ne peut pas même faire des actes de jouissance qui, par eux-mêmes, sont des actes d'un bon père de famille, si ces actes nuisent au créancier; ainsi, il ne pourrait pas abattre une futaie et défricher, car le défrichement, quoique

(1) Favard, Rapport, n° 64 (Locré, t. VI, p. 198).

profitable au débiteur, priverait le créancier d'une partie de son gage; par suite sa sûreté serait diminuée, d'où la conséquence que le débiteur perdrait le bénéfice du terme.

Faut-il appliquer ce principe aux priviléges? Le vendeur a un privilége pour le payement du prix. Si l'acheteur dégrade le fonds, démolit la maison, abat un bois, le vendeur pourra-t-il se prévaloir de l'article 1188? On enseigne l'affirmative (1). Cela nous paraît bien douteux. Le privilége est-il une sûreté que le débiteur donne au créancier par son contrat? Non, ce n'est pas le débiteur, c'est la loi qui confère le privilége; la volonté du débiteur n'y est pour rien; le privilége est attaché à la qualité de la créance, et c'est la loi qui détermine cette qualité. Cela décide la question. Vainement dit-on que le créancier a compté sur le privilége et que, sans cette garantie, il n'aurait pas vendu à terme. Le législateur aurait sans doute pu assimiler le privilége à l'hypothèque; mais les termes de l'article 1188 ne reçoivent pas d'application aux garanties légales, et quand il s'agit d'une déchéance, il faut s'en tenir au texte, car les déchéances sont de droit étroit.

La loi donne aux créanciers un droit de gage sur les biens de leur débiteur (art. 2092, et loi hypoth., art. 7). Est-ce que le créancier pourrait demander le remboursement de sa créance si le débiteur diminuait ce gage en dégradant ses biens? Non, et par la même raison; c'est que ce droit de gage n'est pas une sûreté que le débiteur donne au créancier par son contrat. Tout le monde est d'accord sur ce point (2). Cependant ne pourrait-on pas dire, comme on le fait pour le privilége, que le créancier a compté sur ses biens et que si le débiteur en diminue la valeur par son fait, il trompe la confiance de son créancier? On répond qu'il ne s'agit pas d'une sûreté contractuelle, et que, par suite, on ne peut pas dire que le débi-

(1) Duranton, t. XI, p. 148. nº 125. Larombière, t. II, p. 489, nº 11 de l'article 1188 (Ed. B., t. I, p. 504). Demolombe, t. XXV, p. 636, nº 675.
(2) Colmet de Santerre, t V, p. 182, nº 111 *bis* II, et tous les auteurs. Metz, 16 décembre 1868 (Dalloz, 1869, 2, 206).

teur a violé la loi du contrat. Cela est vrai ; mais ne peut-on pas dire la même chose du privilége? Il faut être conséquent, et écarter l'application de l'article 1188 dès que la sûreté n'est point conventionnelle.

203. La diminution des sûretés ne suffit point, il faut encore qu'elle vienne du fait du débiteur, car ce n'est que dans ce cas que le débiteur manque à ses engagements, et c'est sur la violation de ses engagements que la déchéance est fondée. Si donc les sûretés étaient diminuées par un cas fortuit, le débiteur ne serait pas déchu du terme. Est-ce à dire que le créancier supporte le cas fortuit, en ce sens qu'il ne peut pas demander le remboursement de la créance? L'article 2131 (art. 79 de la loi hypothécaire) dispose que le créancier peut réclamer le remboursement de sa créance lorsque les immeubles hypothéqués ont péri ou ont éprouvé des dégradations, de manière qu'ils soient devenus insuffisants pour la sûreté du créancier ; la loi ajoute que le débiteur sera admis à offrir un supplément d'hypothèque si la perte ou la dégradation ont eu lieu sans sa faute. Nous reviendrons sur cette disposition au titre des *Hypothèques;* pour le moment, il suffit de remarquer que l'article 2131 n'est pas en opposition avec l'article 1188. Il résulte de la combinaison des deux articles qu'il faut distinguer. Si les biens sont dégradés par cas fortuit, le créancier peut demander le remboursement de sa créance, parce qu'il n'a consenti à traiter avec le débiteur que sous la condition d'une sûreté réelle, mais le débiteur pourra offrir un supplément d'hypothèque. Si le débiteur est en faute, il sera tenu de rembourser sur la demande du créancier, sans qu'il soit admis à fournir une hypothèque supplémentaire (1).

N° 2. APPLICATION DU PRINCIPE.

204. L'article 1188 donne lieu à de nombreuses difficultés. On demande d'abord si le créancier peut récla-

(1) Demolombe, t. XXV, p. 644, nos 688-693, et tous les auteurs.

mer le remboursement de sa créance lorsque le débiteur ne fournit point les sûretés qu'il avait promises par le contrat. C'est l'opinion générale; on la fonde sur l'analogie: il y a même motif de décider, donc il doit y avoir même décision (1). L'argumentation analogique serait très-dangereuse quand il s'agit de déchéances ou de conditions sous-entendues par la loi; car elle conduit à étendre la loi à des cas non prévus, ce qui permettrait à l'interprète de créer des déchéances ou des conditions légales. Toutefois on peut admettre l'opinion générale par application de l'article 1184; la condition résolutoire tacite ne permet pas au débiteur de profiter d'un contrat dont il viole les clauses. La loi elle-même applique le principe de l'article 1184 en ce sens. D'après l'article 1912, le débiteur d'une rente constituée en perpétuel peut être contraint au rachat s'il manque de fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat. Et l'article 1977 porte que celui au profit duquel la rente viagère a été constituée moyennant un prix peut demander la résiliation du contrat si le constituant ne lui donne pas les sûretés promises pour son exécution.

La jurisprudence est conforme à l'opinion des auteurs. Il a été jugé que le débiteur qui ne procure pas les sûretés promises doit être assimilé à celui qui diminue par son fait les garanties qu'il avait données à son créancier. Dans l'espèce, le cessionnaire d'un office d'huissier avait emprunté verbalement à sa belle-sœur une somme de 4,800 francs pour payer le prix de la cession, avec promesse de la subroger dans le privilége du vendeur; il ne consentit cette subrogation qu'après avoir payé le prix, c'est-à-dire après l'extinction du privilége, alors que la subrogation devenait impossible. Le cessionnaire opposait que l'article 1188 ne pouvait être étendu à un cas qu'il ne prévoit pas spécialement, à cause de son caractère de pénalité. Sa mauvaise foi rendait sa cause peu favorable; la cour se borna à dire que l'article 1188 est applicable (2) : c'est affirmer plutôt que motiver.

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 89, note 15, § 303, et tous les auteurs.
(2) Douai, 21 novembre 1846 (Dalloz, 1847, 2, 28).

Il en serait de même si le débiteur était de bonne foi. Il déclare que l'immeuble qu'il donne en hypothèque n'est grevé d'inscriptions que pour une somme de 2,300 francs en omettant par erreur une hypothèque qui diminuait de beaucoup les sûretés du créancier. Dans ce cas, il n'est pas stellionataire, mais il sera déchu du terme, puisqu'il ne procure pas à son créancier les sûretés qu'il lui avait promises (1).

205. La concession d'un droit réel sur l'immeuble hypothéqué est-elle une diminution des sûretés du créancier dans le sens de l'article 1188? Non; si le créancier conserve son droit par l'inscription, les droits réels que le débiteur consentit postérieurement ne lui causent aucun préjudice; il prime les créanciers inscrits après lui et les servitudes ne peuvent pas lui être opposées (2). Nous reviendrons sur ce point au titre des *Hypothèques*.

206. Le débiteur qui aliène l'immeuble hypothéqué diminue-t-il les sûretés du créancier et perd-il le bénéfice du terme? Il y a bien des incertitudes sur ce point dans la doctrine et la jurisprudence. C'est que l'on n'est pas d'accord sur le sens de cette expression : *diminuer les sûretés*. L'article 2131 (loi hypothécaire, art. 79) contient une disposition analogue : « Si les immeubles affectés à l'hypothèque ont péri ou ont éprouvé des dégradations, *de manière qu'ils soient devenus insuffisants pour la sûreté du créancier*, celui-ci a le droit de réclamer le remboursement de sa créance. » Cette disposition comprend le cas où la dégradation provient du fait ou de la faute du débiteur, aussi bien que le cas où elle est accidentelle; dans le premier cas, elle est une application de l'article 1188; il faut donc entendre l'article 1188 dans le même sens que l'article 2131, c'est-à-dire que la sûreté du créancier est diminuée lorsque les immeubles deviennent insuffisants pour garantir le payement de sa créance. Si tel est le sens de l'article 1188, il en résulte que le débiteur n'est déchu du terme que dans le cas où son fait a pour conséquence immédiate de diminuer la valeur

(1) Bordeaux, 13 février 1851 (Dalloz, 1852, 2, 131).
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 183, n° 111 *bis* III.

du gage hypothécaire, et il faut que cette diminution de valeur soit telle, que les immeubles hypothéqués ne suffisent plus à sa sûreté.

Appliquons ce principe à l'aliénation. Elle peut être totale ou partielle ; si elle est totale, la sûreté du créancier est-elle diminuée? Il faut distinguer. Si l'acquéreur purge, la question est décidée par la loi hypothécaire. L'article 113 porte : « Les créances non échues qui ne viennent que pour partie en ordre utile seront immédiatement exigibles vis-à-vis du nouveau propriétaire jusqu'à cette concurrence, et pour le tout à l'égard du débiteur. » Pourquoi les créances à terme deviennent-elles exigibles lorsque le créancier ne vient en ordre utile que pour partie? C'est que la purge porte atteinte aux droits du créancier ; en principe, il ne peut pas être forcé à recevoir un payement partiel (art. 1244); or, si l'acquéreur qui purge ne lui paye qu'une partie de sa créance, il reçoit forcément un payement partiel, donc son droit est lésé, diminué; et comme c'est par le fait de l'aliénation suivie de la purge que le contrat ne reçoit pas son entière exécution, il y a lieu d'appliquer le principe de l'article 1188; le débiteur est déchu du bénéfice du terme, la créance devient exigible.

S'il n'y a point de purge, le simple fait de l'aliénation suffira-t-il pour que le créancier puisse demander le remboursement de sa créance? On le prétend (1); mais l'opinion contraire est plus généralement suivie, et avec raison (2). Le débiteur n'est déchu du terme que si l'immeuble hypothéqué est devenu insuffisant pour la sûreté du créancier, ou si le droit du créancier est altéré, diminué. Or, en cas d'aliénation, l'immeuble reste le même et les droits du créancier restent les mêmes. De quoi se plaindrait-il? De ce que la purge, si elle se fait, le forcera de recevoir un payement partiel? Nous répondons qu'il faut un préjudice actuel, une atteinte actuelle portée aux droits du créancier pour qu'il puisse agir. Ce n'est pas à raison d'un danger possible que le code prive le débiteur du bénéfice

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 183, n° 111 *bis* IV.
(2) Duranton, t. XI, p. 151, n° 127. Demolombe, t. XXV, p. 643, n° 636.

du terme. Ce danger possible peut ne pas se réaliser, il peut ne pas y avoir de purge; dans ce cas, les droits du créancier restent entiers, et on priverait néanmoins le débiteur du droit qu'il tient de son contrat. Même s'il y a purge, on ne peut pas savoir si le créancier viendra en ordre utile ou non; cela dépendra du prix offert par l'acquéreur, ou payé par l'adjudicataire en cas de surenchère. Que le créancier attende : il n'y a pas péril en la demeure. C'est seulement quand il y aura purge et qu'il ne vient en ordre utile que pour une partie de sa créance qu'il peut se plaindre. C'est ce que dit implicitement notre loi hypothécaire, et il faut s'y tenir.

207. Quand il y a aliénation partielle, l'hypothèque est morcelée. En faut-il conclure que la sûreté du créancier est diminuée? Les auteurs sont divisés sur cette question, ainsi que la jurisprudence. Nous croyons qu'il faut appliquer à l'aliénation partielle le principe que nous venons de poser. On ne peut pas décider *à priori* si les sûretés du créancier sont diminuées ou non. Le seul fait de l'aliénation partielle n'est pas une diminution de sûreté; les droits du créancier restent intacts et l'immeuble morcelé, loin de subir une diminution de valeur, peut acquérir une valeur plus considérable. De quoi donc le créancier se plaindrait-il? Quand il s'agit de rompre un contrat, il faut prendre en considération, non-seulement les droits du créancier, mais aussi les droits du débiteur. Le débiteur a le droit d'aliéner, soit en tout, soit partiellement. Notre loi hypothécaire détermine les actes qu'il ne peut plus faire (art. 45); parmi ces actes ne se trouve pas l'aliénation partielle. Reste à savoir si cette aliénation compromet les droits du créancier. Il a son droit de suite en cas d'aliénation partielle comme en cas d'aliénation totale; ses droits restent donc entiers. Dès lors le contrat doit être maintenu; le débiteur doit conserver le bénéfice du terme. L'intérêt du débiteur, l'intérêt de ses créanciers exigent qu'il ne soit pas forcé de payer actuellement des dettes que, d'après son contrat, il n'était obligé de payer qu'après un terme plus ou moins long; déclarer ces dettes exigibles, c'est le moyen le plus sûr de ruiner

le débiteur et ses créanciers. Il faut donc maintenir le contrat intact jusqu'à ce qu'il soit constant que les sûretés du créancier sont diminuées.

L'opinion contraire est généralement enseignée. On dit qu'il pourrait résulter du morcellement une dépréciation de la partie aliénée et de la partie conservée. C'est une possibilité de préjudice que l'on invoque pour dépouiller le débiteur d'un droit positif. La loi ne permet pas cela. Les immeubles morcelés deviennent-ils insuffisants pour la sûreté du créancier, qu'il le prouve, alors il pourra de suite réclamer le remboursement de sa créance. Mais s'il ne le prouve pas, il n'y a pas de raison pour rompre le contrat. On ajoute que le créancier se trouvera dans la nécessité de poursuivre séparément plusieurs tiers détenteurs. Eh qu'importe? Ce n'est pas lui qui supportera les frais; et si, comme on doit le supposer, la valeur des immeubles suffit pour payer les dettes et les frais, de quoi le créancier se plaindrait-il? D'un embarras, d'une contrariété? Ce n'est pas pour de pareils motifs que la loi autorise la rupture des contrats : elle tient compte aussi des droits et des intérêts du débiteur, et certes l'inconvénient de faire plusieurs poursuites ne peut être comparé à la perte réelle que le débiteur éprouve quand il doit payer avant l'échéance du terme. Enfin l'on dit que si les acquéreurs partiels veulent user de la faculté de purger, le créancier recevra par parties le montant de sa créance (1). L'argument prouve trop; si la possibilité de la purge suffit pour qu'en cas d'aliénation partielle le débiteur soit déchu du bénéfice du terme, il faudra en dire autant de l'aliénation totale; or, en cas d'aliénation totale, les auteurs s'accordent à repousser l'application de l'article 1188, malgré la possibilité de la purge. Nous renvoyons à ce qui vient d'être dit (n° 206) (2).

On discute à perte de vue, parce qu'on ne s'entend pas sur le principe. La loi, dit-on, ne subordonne pas la déchéance du terme à la preuve de ce fait *que le créancier*

(1) Demolombe, t. XXV, p. 641, n° 685. Larombière, t. II, p. 490, n° 15 de l'article 1188 (Éd. B., t. I, p. 504).
(2) Toullier, t. III, 2, p. 416, n° 667. Duranton, t. XI, p. 149, n° 126.

ne sera pas payé, mais à cette circonstance *que les sûretés sont diminuées*. Oui, mais quand les sûretés seront-elles diminuées? L'hypothèque a précisément pour objet de garantir le payement, et l'article 1188 n'a pas d'autre objet en déclarant le débiteur déchu du terme lorsque, par son fait, il diminue les sûretés conventionnelles, c'est-à-dire les sûretés qui garantissaient le payement de la dette.

La jurisprudence est, en général, favorable au créancier (1). Elle n'invoque d'autre motif que le préjudice qui peut résulter pour le créancier d'un payement partiel en cas de purge. Si l'on prenait ce motif au pied de la lettre, tel que la cour de Poitiers le formule, il faudrait donner au créancier le droit de réclamer le remboursement dès que le débiteur aliène; en effet, l'arrêt dit qu'à partir des aliénations, chaque acquéreur a la faculté, que n'avait pas le débiteur lui-même, de purger l'immeuble acquis des hypothèques qui le grèvent. Cela est vrai de l'aliénation totale comme de l'aliénation partielle; ce qui aboutirait à mettre le débiteur dans l'impossibilité de vendre, résultat aussi contraire à l'intérêt général qu'au droit du débiteur. La cour de Bruxelles donne une autre forme au même argument, en disant que le débiteur détruit l'indivisibilité du gage qui assurait au créancier l'intégralité du payement. En droit, cela n'est pas exact; l'indivisibilité de l'hypothèque, loin d'être détruite par une aliénation partielle, se manifeste, au contraire, lors de ces aliénations. En effet, le créancier peut poursuivre chacun des acquéreurs pour le payement de toute la dette. Sans doute, il pourra n'obtenir qu'un payement partiel; dans ce cas, sa créance sera exigible pour le tout contre le débiteur. Mais il se peut aussi que la valeur de l'immeuble aliéné suffise pour le payer intégralement; pourquoi permettre, dans ce cas, au créancier de rompre le contrat, en enlevant au débiteur le droit de ne payer qu'à l'échéance?

On le voit, la question de savoir si les sûretés sont di-

(1) Cassation, 4 mai 1812 (Dalloz, au mot *Priviléges*, nº 1341); Poitiers, 28 décembre 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 1283). Bruxelles, 8 juin 1836 (*Pasicrisie*, 1841, 2. 38).

minuées est moins une question de droit qu'une question de fait. C'est ce que la cour de cassation a jugé par un arrêt plus récent que ceux que nous venons de rapporter. La cour d'appel avait décidé, en fait, que le débiteur qui avait vendu une partie des immeubles hypothéqués et employé le prix à désintéresser d'autres créanciers, n'était pas déchu du bénéfice du terme, parce qu'il n'avait pas diminué les sûretés de son créancier; au contraire, dit l'arrêt, la position du créancier hypothécaire s'est trouvée améliorée, puisqu'il a obtenu le premier rang. Sur le pourvoi, il est intervenu un arrêt de rejet (1). Dans l'opinion généralement suivie, le débiteur aurait été déchu du bénéfice du terme par le fait seul de l'aliénation partielle, bien qu'en définitive la position du créancier, loin d'être diminuée, eût été améliorée. Cela est décisif en faveur de notre opinion.

208. L'hypothèque est constituée sur un immeuble indivis; elle s'éteint par suite de l'adjudication sur licitation au profit d'un copropriétaire du débiteur. On demande si la perte de son droit autorise le créancier à exiger le remboursement de sa créance. La question est controversée. Nous préférons la négative. Si le créancier est privé de son droit, cela résulte de la nature même de son hypothèque; assise sur un immeuble dont le débiteur était copropriétaire indivis, elle doit s'éteindre lorsque, par l'effet du partage ou de la licitation, l'immeuble devient la propriété de l'autre copropriétaire. Par suite de l'effet déclaratif du partage ou de la licitation, le débiteur qui a concédé l'hypothèque est censé n'avoir jamais eu de droit sur l'immeuble, il n'a donc jamais pu l'hypothéquer. Peut-on dire que les droits du créancier sont diminués alors qu'il n'a jamais eu de droit (2)?

209. L'article 124 du code de procédure porte : « Le débiteur ne pourra obtenir un délai, ni jouir du délai qui lui aura été accordé, si ses biens sont vendus à la requête d'autres créanciers, s'il est en état de faillite, de contu-

(1) Rejet, chambre civile, du 21 avril 1852 (Dalloz, 1854, 5, 538).
(2) Caen, 25 février 1837 (Dalloz au mot *Priviléges*, n° 1349). En sens contraire, Bordeaux, 24 février 1871 (Dalloz, 1873, 2, 22).

mace, ou s'il est constitué prisonnier, ni enfin lorsque, par son fait, il aura diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. » On demande si cette disposition s'applique au terme de droit aussi bien qu'au terme de grâce. On l'a enseigné d'abord, mais cette opinion est abandonnée. L'article 124 fait suite à ceux par lesquels la loi autorise les juges à accorder des délais pour l'exécution de leurs jugements, ce qui prouve qu'il s'agit du délai de grâce (1).

Autre est la question de savoir si, dans les cas prévus par l'article 124, le débiteur peut être déclaré déchu du bénéfice du terme par application de l'article 1188. La question concerne les cas où les biens du débiteur sont vendus à la requête d'autres créanciers, lorsqu'il est en état de contumace ou qu'il est constitué prisonnier. On dit qu'il y a une différence entre le terme de droit et le terme de grâce; celui-ci est une faveur, et on conçoit que le législateur en prive le débiteur dans les cas que l'article 124 prévoit; tandis que le terme de droit est un droit pour le débiteur, et il ne peut perdre ce droit que pour des causes plus graves que celles qui entraînent la déchéance du terme de grâce. Cela est très-vrai, aussi n'admettons-nous pas que le débiteur soit déchu du bénéfice du terme, par cela seul que ses biens sont vendus, qu'il est en état de contumace ou prisonnier. Le juge décidera en fait; il décidera le plus souvent que la vente des biens prouve la déconfiture, mais le débiteur peut ne pas être insolvable, quoiqu'il soit en contumace, et surtout quand il est prisonnier. Pourquoi emprisonne-t-on le débiteur? Parce que le créancier croit qu'il a des facultés cachées; donc on ne peut pas affirmer qu'il soit insolvable. C'est, en définitive, une question de fait (2).

(1) Duranton, t. XI, p. 136, nº 117, combat longuement l'opinion contraire de Pigeau.

(2) Demolombe, t. XXV, p. 634, nº 690. Comparez Larombière, t. II, p. 486, nº 5 de l'article 1184 (Ed. B., t. I, p. 503).

N° 3. EFFETS DE LA DÉCHÉANCE.

210. Quand le débiteur est déchu du bénéfice du terme, la dette devient pure et simple et, par conséquent, le créancier peut agir et faire toutes les poursuites et les saisies que peut faire un créancier pur et simple. Le principe est incontestable, mais l'application n'est point sans danger pour le créancier. Peut-il agir par voie de saisie, bien qu'il n'y ait aucun jugement qui déclare le débiteur déchu du terme? La loi n'exige pas de jugement, c'est elle qui prononce la déchéance; mais le fait de la déchéance peut être douteux. Nous avons dit combien il est difficile de préciser les caractères de la déconfiture, et il est plus difficile encore de dire quand le débiteur a, par son fait, diminué les sûretés du créancier. Le créancier pourra-t-il saisir les biens de son débiteur par la raison que celui-ci est déchu du bénéfice du terme? Il le peut, dit la cour de Bruxelles, mais à ses risques et périls. Si le débiteur conteste qu'il soit en déconfiture ou qu'il ait diminué les sûretés du créancier, le tribunal décidera la contestation; et s'il juge que le débiteur n'a pas encouru la déchéance, le créancier supportera les frais des poursuites qui seront annulées, et il sera condamné à des dommages-intérêts s'il a nui au crédit du débiteur par des poursuites qu'il n'avait pas le droit de faire (1).

211. L'exigibilité anticipée procure un avantage considérable au créancier si la dette ne porte pas intérêt; il jouira pendant des années d'une chose dont, d'après le contrat, le débiteur avait le droit de jouir. Celui-ci ne pourrait-il pas demander que le créancier déduise l'escompte? La négative est certaine. Vainement le débiteur dirait-il que, d'après son contrat, il a le droit de jouir de la chose; on lui répondrait que le contrat est rompu et que c'est lui qui, par son fait, l'a rompu ; il ne peut pas invoquer un contrat qui n'existe plus. Autre est la question de savoir si le débiteur peut demander que l'on déduise les

(1) Bruxelles, 18 juillet 1829 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1296, 1°; *Pasicrisie*, 1829, p. 251).

intérêts dans le cas où ils ont été englobés dans le capital. L'affirmative est si évidente que la question ne devrait pas même être posée : le débiteur ne doit que les intérêts échus et le créancier ne peut pas demander ce qui ne lui est pas dû (1).

212. L'application du principe donne lieu à quelque difficulté en matière de compensation. Quand le débiteur est déchu du bénéfice du terme, la dette devient-elle compensable? Nous traiterons la question au chapitre de la *Compensation*.

213. Quand la dette à terme est cautionnée et que le débiteur est déchu du bénéfice du terme, le créancier pourra-t-il poursuivre immédiatement la caution? La question est controversée. A notre avis, il résulte de la nature même du cautionnement que la caution peut être poursuivie dans les cas où le créancier peut poursuivre le débiteur. D'après l'article 2011, « celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. » Ainsi quelle que soit l'inexécution de l'obligation contractée par le débiteur, la caution en répond. Si donc, par son fait, le débiteur encourt la déchéance du terme, le contrat, devenant pur et simple à l'égard du débiteur, devient par cela même pur et simple à l'égard de la caution. On ne conçoit pas que le contrat soit rompu à l'égard du débiteur principal et qu'il subsiste à l'égard de la caution; cela ne peut se faire que si la caution a stipulé en son nom personnel. Elle peut stipuler un terme indépendamment de celui qui est accordé au débiteur; dans ce cas, il y a deux termes : la déchéance du débiteur n'entraînera pas celle de la caution. On objecte que ce résultat est contraire à l'intention des parties contractantes. La caution espère, sans doute, qu'elle ne sera poursuivie qu'à l'échéance du terme convenu par le contrat; mais elle sait aussi que le débiteur pourra, par son fait, perdre le bénéfice du terme, et elle s'oblige à indemniser le créancier de

(1) Larombière, t. II, p. 502, nº 27 de l'article 1188 (Ed. B., t. I, p. 509). Demolombe, t. XXV, p. 650, nºs 696 et 697.

toute inexécution du contrat, donc de la diminution des sûretés que le contrat accorde au créancier (1).

214. Que faut-il décider si l'un des codébiteurs solidaires est déchu du bénéfice du terme? La dette devient-elle exigible contre les autres? Pothier répond que les autres codébiteurs continuent à jouir du terme. C'est l'opinion généralement suivie; mais il importe de préciser le vrai motif de décider. Pothier dit que les codébiteurs ne peuvent pas, sans leur fait, être obligés à plus qu'à ce à quoi ils ont bien voulu s'obliger (2). En effet, il y a autant de liens qu'il y a de débiteurs, chacun étant considéré comme s'il était seul et unique débiteur. De ce que l'un est en déconfiture ou a diminué les sûretés du créancier, on ne peut pas induire que les autres sont privés du bénéfice du terme; le créancier conservant contre eux tous les droits que lui donne son contrat, il est juste que les débiteurs soient aussi maintenus dans leur droit.

Dira-t-on que cette décision est en contradiction avec l'opinion que nous venons d'enseigner quant à la caution? La caution aussi ne s'est obligée qu'à terme; pourquoi permettre au créancier de la poursuivre avant l'échéance? Non, la caution s'est obligée comme s'est obligé le débiteur, elle n'a pas de droit à elle, à moins qu'elle ne l'ait stipulé; tandis que les codébiteurs solidaires sont chacun débiteur principal; chacun doit, par conséquent, conserver le droit tel que le contrat l'a stipulé, à moins qu'il n'en soit déchu par son fait. Il faut donc se garder de dire, comme le fait M. Larombière, que les codébiteurs solidaires sont, en quelque sorte, cautions les uns des autres. Nous n'aimons pas les *en quelque sorte;* bannissons de la science du droit toutes ces demi-vérités qui impliquent des erreurs. Les codébiteurs sont cautions ou ils ne le sont pas. S'ils sont cautions, on doit leur appliquer l'ar-

(1) Larombière, t. II, p. 497, n° 22 de l'article 1188 (Ed. B., t. I, p. 507). Aubry et Rau, t. IV, p. 90, notes 18 et 19, § 303. En sens contraire, Demolombe, t. XXV, p. 657, n° 707, et les auteurs qu'il cite. Comparez Paris, 24 décembre 1842 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1306); et un arrêt de Rouen (29 juin 1871), bien motivé, en faveur de la caution (Dalloz, 1873, 2, 206).

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 236.

ticle 1188. Ils ne le sont point, donc ils ne peuvent encourir la déchéance que par leur propre fait (1).

La jurisprudence, après quelque hésitation, s'est prononcée en ce sens. Dans un premier arrêt, la cour de Bordeaux avait décidé que tous les codébiteurs solidaires étaient déchus par suite de la déchéance de l'un d'eux; elle est revenue ensuite à la doctrine que les auteurs enseignent (2).

Le code de commerce applique le même principe, tout en y dérogeant en un certain sens. En cas de faillite du souscripteur d'un billet à ordre, de l'accepteur d'une lettre de change, ou du tireur à défaut d'acceptation, les autres obligés sont tenus de donner caution s'ils n'aiment mieux payer immédiatement. Les coobligés tenus solidairement ne sont pas tenus de payer de suite s'ils veulent donner caution. La dette est donc exigible contre eux; voilà la dérogation motivée par les exigences du commerce; mais ils peuvent se dispenser de payer et jouir du terme en donnant caution.

215. Le créancier peut-il poursuivre le tiers détenteur quand le débiteur est déchu du terme? Il nous semble que l'affirmative n'est pas douteuse, malgré le dissentiment de Duranton. L'hypothèque est l'accessoire de la créance; quand l'action personnelle peut être intentée, l'action hypothécaire peut l'être aussi; peu importe que les deux actions soient séparées en cas d'aliénation; en vertu de son droit de suite, le créancier a contre le tiers détenteur les mêmes droits qu'il a contre le débiteur lui-même. Duranton compare le tiers détenteur au codébiteur solidaire; l'erreur est évidente; le tiers détenteur n'a rien stipulé, puisqu'il est tiers à la dette; tandis que le débiteur solidaire a stipulé un terme dont il doit profiter, à moins qu'il n'en perde le bénéfice par son fait (3). Nous croyons inutile d'insister.

(1) Larombière, t. II, p. 498, nos 23 et 24 de l'article 1188 (Ed. B., t. I, p. 507 et 508). Comparez Demolombe, t. XXV, p. 654, nos 703 et 704.

(2) Bordeaux, 6 janvier 1836 (Dalloz, au mot *Faillite*, n° 257) et 10 mars 1854 (Dalloz, 1855, 2, 246).

(3) Demolombe, t. XXV, p. 659, n° 708. En sens contraire, Duranton, t. XX, p. 373, n° 229.

SECTION IV. — Des obligations alternatives.

§ Ier. *Notions générales.*

No 1. DÉFINITION ET CARACTÈRES.

216. L'article 1189 dit que l'obligation alternative comprend plusieurs choses, en ce sens que le débiteur est libéré par la délivrance de l'une de ces choses. Pothier donne cet exemple : Je me suis obligé de vous donner un tel cheval ou vingt écus, ou bien je me suis obligé de vous bâtir une maison ou de vous payer vingt pistoles.

Le code suppose que l'obligation alternative comprend deux choses; c'est pour marquer qu'elle en comprend au moins deux. Si elle n'a pour objet qu'une seule chose, il n'y a pas d'obligation alternative. Un bourgmestre souscrit un billet par lequel il déclare avoir pris de la caisse du bureau de bienfaisance une somme déterminée, en s'engageant à la restituer sous peu de temps, ou à donner une hypothèque convenable. Sur la demande du bureau, le bourgmestre fut condamné à restituer ladite somme. Pourvoi en cassation pour violation de l'article 1189. On prétendit que l'obligation était alternative, que le débiteur avait le choix ou de restituer ou de constituer une hypothèque. Il a été jugé que la dette n'était pas alternative, que c'était une obligation pure et simple de restituer la somme empruntée, sauf que le débiteur s'engageait à donner hypothèque pour le cas où il ne payerait pas dans un court espace de temps (1).

L'acte de constitution d'une rente foncière porte que le débiteur fournira chaque année une rente consistant en 17 septiers de bon froment, net, sec, loyal et marchand, du cru de telle paroisse, mesure de Nantes. Il était ajouté que ladite rente était appréciée entre les parties à raison de vingt-cinq livres le septier, dont le franchissement se pourrait faire au denier vingt. On prétendit qu'il ré-

(1) Rejet, chambre de cassation de Bruxelles, 14 février 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p 58; et Dalloz, au mot *Obligations*, no 4093).

sultait de cette clause que la rente était alternative; de sorte que le débiteur aurait pu payer à son choix ou la prestation en grains, ou le prix en argent. C'était mal interpréter la convention. La clause principale de l'acte ne laissait aucun doute sur l'intention des parties contractantes, de constituer une rente en grains. Si elles l'évaluaient ensuite en argent, on ne pouvait en inférer que, de pure et simple qu'elle était, l'obligation se transformait en dette alternative; l'obligation alternative, dit la cour, ne se présume pas, car c'est une modalité de l'obligation, qui doit être stipulée, comme l'est un terme ou une condition. On objectait que le créancier avait consenti à recevoir la rente en numéraire; mais les renonciations se présument encore moins que les modalités; le droit que le créancier tenait de son contrat subsistait donc (1).

De ce que l'article 1189 ne parle que de deux choses, on ne doit pas conclure que l'obligation alternative n'en peut comprendre que deux; la loi prévoit le cas ordinaire, mais elle ajoute que les principes qu'elle établit s'appliquent au cas où il y a plus de deux choses comprises dans l'obligation alternative (art. 1196). Nous ferons comme le législateur; il est inutile de compliquer l'interprétation de la loi, en prévoyant des hypothèses que la pratique ignore.

217. En quel sens les deux choses sont-elles comprises dans l'obligation alternative? Cette question, controversée dans l'ancien droit et encore controversée sous l'empire du code, n'est pas aussi oiseuse qu'on le prétend (2). Il importe toujours de préciser les principes, à cause des conséquences pratiques qui en peuvent résulter. On demande si les deux choses sont dues toutes les deux. L'affirmative était généralement enseignée quand Dumoulin attaqua cette opinion avec sa vigueur accoutumée. On disait que chacune des deux choses était due, du moins sous cette condition : si l'autre n'était pas payée. Dumoulin

(1) Rennes, 6 août 1813 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1316).
(2) Larombière, t. II, p. 506, n° 6 de l'article 1189 (Ed. B., t. II, p. 6).

dit qu'il est faux que les deux choses soient dans l'obligation, c'est-à-dire également dues; en effet, le débiteur n'est pas tenu des deux choses à la fois, il n'est tenu que de l'une d'elles seulement. Laquelle des deux doit-il? Lors du contrat, on l'ignore; cela dépend du choix fait par le débiteur ou par le créancier (1).

Pothier ne s'explique pas sur la controverse, mais il semble se prononcer pour l'opinion contraire; dans la définition de l'obligation alternative, il dit que le débiteur s'oblige à donner ou à faire plusieurs choses et que les choses comprises dans l'obligation alternative sont toutes dues. Cependant il se rapproche de la doctrine de Dumoulin, en ajoutant cette restriction qu'aucune des choses n'est due déterminément (2). Nous croyons avec Toullier qu'il faut s'en tenir à la doctrine de Dumoulin, en ce sens que l'objet de l'obligation alternative est une chose incertaine et non encore déterminée entre plusieurs choses déterminées, mais qui deviendra certaine et déterminée par le choix du débiteur ou du créancier; de sorte qu'avant le choix on ne sait pas ce qui est dû (3). Nous verrons plus loin une conséquence importante de ce principe.

218. Aux termes de l'article 1192, « l'obligation est *pure et simple,* quoique contractée d'une manière alternative, si l'une des deux choses ne pouvait être le *sujet* de l'obligation. » Il y a dans cette disposition deux expressions qui ne sont pas exactes. D'abord les choses ne sont pas le *sujet* des obligations, elles en sont l'*objet*. Ensuite on entend par obligation *pure et simple* celle qui est contractée sans terme ni condition; dans la section des *Obligations alternatives,* le terme de *pur et simple* a donc un sens particulier, il signifie une obligation réduite à une seule chose, comme le sont les obligations ordinaires.

L'article 1192 est emprunté à Pothier. Il est certain que l'obligation cesse d'être alternative quand l'une des choses n'en peut faire l'objet, puisque, dans ce cas, l'obli-

(1) Dumoulin, *Traité des obligations indivisibles,* partie II, nos 117 et suiv.
(2) Pothier, *Des obligations,* nos 245, 246 et 248.
(3) Toullier, t. III, 2, p. 427 note. En sens contraire, Demolombe, t. XXVI, p. 6, nos 6-8.

gation n'a plus qu'un seul objet; il n'y a rien d'incertain quant à la chose due, c'est une chose unique, l'obligation est donc une obligation ordinaire. Pothier donne cet exemple : Vous me promettez, sous une alternative, deux choses dont l'une m'appartient déjà; celle-ci ne peut être comprise dans l'obligation; il n'en reste qu'une, et, par suite, l'obligation n'est pas alternative. Il en serait ainsi lors même que la chose cesserait de m'appartenir; le débiteur ne pourrait pas la payer, car elle n'était pas comprise dans le contrat, il aurait fallu une nouvelle convention pour l'y comprendre (1).

219. L'obligation devient encore pure et simple, d'après l'article 1193, si l'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée. Cette disposition a donné lieu à un singulier conflit d'explications contraires. Pothier demande pourquoi la perte de l'une des choses n'éteint pas l'obligation. Il répond que, toutes étant dues, l'obligation subsiste dans celle qui reste, qu'elle ne peut cesser d'être due que par le payement. Non, dit Toullier, cela n'est pas exact, car les deux choses ne sont pas dues; la raison est que c'est le propriétaire d'une chose qui en doit supporter la perte : *res perit domino*. L'éditeur de Toullier, M. Duvergier, reprend son auteur et dit que ce n'est pas là le vrai motif de décider : l'obligation, dit-il, devient pure et simple parce que l'objet de l'obligation, qui était une chose indéterminée entre deux choses déterminées, se trouve fixé à celle qui reste. M. Demolombe abonde dans ce reproche; il accuse Toullier d'avoir commis une double inexactitude en prétendant que les deux choses comprises dans l'obligation alternative ne sont pas également dues. Sur ce premier point, nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 217); à notre avis, Toullier, pour mieux dire, Dumoulin, dont il suit l'opinion, est dans le vrai. Toullier se trompe encore, dit M. Demolombe, en soutenant que l'obligation alternative n'est pas translative de propriété (2). Nous sera-t-il permis d'ajouter qu'à notre

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 249. Toullier, t. III, 2, p. 430, n° 694.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 250. Toullier, t. III, 2, p. 431, n° 695, et note *a* de Duvergier. Demolombe, t. XXVI, p. 12, n° 13.

avis Demolombe et Toullier se trompent l'un et l'autre? Nous examinerons plus loin la question de savoir si l'obligation alternative transmet la propriété; la question est controversée, dès lors il est difficile d'affirmer qui se trompe. Mais il y a un point qui ne saurait être controversé, c'est que l'adage *Res perit domino* ne s'applique pas en matière d'obligations; nous l'avons démontré en traitant la question des risques (1). C'est sur ce point qu'il fallait reprendre Toullier, car son erreur est évidente. Quant au motif pour lequel l'obligation devient pure et simple quand l'une des choses périt, il résulte de la nature même de l'obligation alternative. Le créancier qui stipule deux choses sous alternative se ménage deux chances en cas de perte : si l'une des choses périt, il lui restera l'autre.

La cour de Douai a fait une application intéressante de l'article 1193. Dans l'espèce, le débiteur s'était obligé de remettre au créancier, le 1er mai 1837, trois actions de la société de Fleurus, ou une somme de 3,000 francs. Le débiteur ne se libéra pas au jour indiqué; il offrit les trois actions à une époque où la société était dissoute. La cour dit que dès ce moment les actions avaient cessé d'exister, comme représentant la chose promise par le débiteur d'une manière alternative. En effet, autre chose est le droit de participation dans une société existante avec toutes les chances de pertes et de bénéfices, autre chose est de recueillir, dans une société dissoute, une part dans l'actif qui peut être réduite à fort peu de chose par le passif. Les actions ne pouvant plus être livrées telles qu'elles avaient été promises, il fallait les considérer comme péries dans le sens de l'article 1193 et, par suite, l'obligation devenait une obligation pure et simple de 3,000 fr. (1). La décision nous paraît douteuse; les actions n'avaient point péri, puisque les actionnaires exerçaient leurs droits dans la société en liquidation; donc l'article 1193 était inapplicable. L'obligation restant alternative, naissait la

(1) Douai, 13 novembre 1844 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1319).

question de savoir qui devait supporter les risques de la chose ; nous la traiterons plus loin.

220. Pothier déduit encore une autre conséquence du principe, tel qu'il le formule, « que les choses comprises dans une obligation alternative sont toutes dues, sans néanmoins qu'aucune soit due déterminément. » Comment le créancier doit-il intenter sa demande? Il doit demander les deux choses, non pas conjointement, mais avec l'alternative sous laquelle elles lui sont dues. S'il demandait seulement une des choses, sa demande ne serait pas régulière, parce qu'aucune des deux choses ne lui est due déterminément; mais les deux lui sont dues sous une alternative. Il en serait autrement si une clause particulière avait attribué le choix au créancier : il pourrait demander seulement l'une des deux choses (1). Cela est d'évidence, et il était inutile d'invoquer le principe controversé que les deux choses sont dues. Ce principe n'est vrai que lorsqu'on y ajoute la restriction que fait Pothier. Le motif de décider est élémentaire : le créancier ne peut demander que ce qui fait l'objet de l'obligation; donc les deux choses qui y sont comprises sous alternative. Que s'il a le choix, il doit le faire au moment où il intente sa demande.

221. Il y a une autre conséquence qui est très-controversée. L'obligation alternative a pour objet deux corps certains; c'est le choix du débiteur ou du créancier qui déterminera la chose qui devra être payée. A partir de quel moment le créancier en deviendra-t-il propriétaire? Nous croyons que la propriété ne sera transférée que lorsque le débiteur ou le créancier aura fait son choix. Le siége de la difficulté est dans l'article 1138; on l'invoque pour soutenir que la propriété est transférée dès que le contrat est parfait. Nous l'invoquons également. Il faut donc rappeler avant tout quel est le sens du principe formulé par l'article 1138. La propriété se transférait jadis par la tradition ; sous l'empire du code, elle se transfère par la volonté des parties contractantes, qui tient lieu du

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 248.

fait matériel de la tradition. A quelle condition le contrat transfère-t-il la propriété? L'article 1138 ne le dit pas d'une manière formelle, mais il n'y a aucun doute sur ce point, il faut que la chose soit déterminée; si elle est indéterminée, le texte de l'article 1138 est inapplicable. La loi dit que le créancier devient propriétaire dès l'instant où *la chose a dû être livrée*. Or, livre-t-on une chose indéterminée? Je vous vends la maison A ou la maison B : qu'est-ce que je dois vous livrer? Une alternative? Cela est absurde : je vous livrerai la maison que j'aurai choisie, ou que le créancier choisira. Ce n'est donc que par le choix que la livraison devient possible; donc ce n'est que par le choix que la propriété sera transférée. Le bon sens le dit et le droit est d'accord avec le bon sens. La propriété est un droit dans la chose, le plus absolu des droits réels; conçoit-on qu'elle s'exerce dans une chose indéterminée? On prétend que l'acheteur sous alternative est propriétaire : qu'on essaye donc de lui appliquer l'article 544 qui définit la propriété! Le propriétaire a le droit de jouir et de disposer de la chose de la manière la plus absolue. De quelle maison l'acheteur jouira-t-il. Il ne le sait. De quelle maison disposera-t-il? Il l'ignore. Il a donc un droit absolu dont il ne peut faire le moindre usage. Jouira-t-il des deux maisons et en disposera-t-il? Non, certes, car quel que soit le choix, il ne peut jouir et disposer que de l'une des maisons. Donc son prétendu droit absolu est une abstraction, disons mieux, une chimère. Quand deviendra-t-il propriétaire? Lorsque la chose sera déterminée, parce que ce n'est qu'alors que l'exercice de la propriété se conçoit (1).

On objecte que la convention alternative est faite sous la condition suspensive que le créancier deviendra propriétaire de telle chose si le choix porte sur cette chose; et quand cette condition se réalise par le choix du débiteur ou du créancier, elle a un effet rétroactif; par conséquent, le créancier est propriétaire dès l'instant de la

(1) Toullier, t. III, 2, p. 431, n° 695. Larombière, t. II, p. 530, n° 2 de l'article 1193 (Ed. B., t. II, p. 15).

vente. Voilà une de ces conditions que les auteurs imaginent pour le besoin de la cause. Il n'y a de conditions que celles que les parties stipulent ou qui sont sous-entendues par la loi. Ici ce sont les interprètes qui sous-entendent une condition à laquelle les parties n'ont point songé, pas plus que le législateur. S'il était permis de sous-entendre une condition dans un contrat que les parties ont fait pur et simple, on pourrait sous-entendre une condition suspensive dans tout contrat ayant pour objet une chose indéterminée et, par suite, la propriété serait toujours transférée (1).

Laissons là la prétendue condition que les parties et le législateur ignorent; si nous en disons un mot, c'est pour tenir nos jeunes lecteurs en garde contre les conditions inventées par les auteurs : moyen facile de trancher les difficultés, mais c'est un moyen que les principes les plus élémentaires repoussent. A l'appui de notre opinion, nous citerons encore les paroles de l'orateur du gouvernement. « Lorsque l'une ou l'autre de deux choses a été promise, il y a incertitude sur celle des choses qui sera délivrée au créancier, et de cette incertitude il résulte qu'aucune propriété n'est transmise au créancier que par le payement de l'une des choses. Jusqu'alors cette propriété reste sur la tête et conséquemment aux risques du débiteur (2). » Sur ce dernier point, nous faisons nos réserves. Il n'est pas exact non plus de dire que la propriété est transmise par le payement; ce qui empêche la transmission de la propriété, c'est que la chose n'est pas déterminée; or, elle peut l'être avant qu'elle soit payée, il suffit que le débiteur ou le créancier ait fait son choix; dès lors on est dans le texte et dans l'esprit de l'article 1138.

222. Les conséquences qui découlent de l'une ou de l'autre opinion diffèrent totalement, cela va sans dire. Si, comme nous le croyons, le débiteur reste propriétaire, il ne s'opère pas de mutation de propriété; par conséquent, le créancier ne peut faire aucun acte de disposition, de

(1) Mourlon, t. II, p. 554. Colmet de Santerre, t. V, p. 189, n° 115 *bis* VI. Demolombe, t. XXVI, p. 16, n° 19.
(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 78 (Locré, t. VI, p. 160).

jouissance ni d'administration. C'est le vendeur qui, dans une vente faite sous alternative, peut aliéner la chose et la grever de droits réels. Tous ces actes sont valables à l'égard des tiers, puisque à leur égard le débiteur reste propriétaire. L'acheteur ne pourrait donc pas revendiquer la chose contre le tiers acquéreur, quand même il la choisirait, sauf à exercer contre son vendeur les droits que lui donne son contrat et que nous exposerons plus loin. Il devrait également respecter les droits réels concédés par son vendeur, sauf son recours contre son auteur.

Dans l'opinion contraire qui admet que l'acheteur est devenu propriétaire, tous les droits de propriété appartiennent à l'acheteur, en ce sens que s'il aliène l'une des choses et que cette chose soit choisie par lui ou par le vendeur, la vente est valable; il en serait de même des droits réels qu'il aurait consentis. Au contraire, si le vendeur avait aliéné et que l'acheteur eût le choix, il pourrait revendiquer la chose contre le tiers acquéreur, de même qu'il pourrait demander la nullité des droits réels que le vendeur avait concédés sur la chose vendue.

Il y a une autre conséquence tout aussi grave sur laquelle les deux opinions diffèrent. Si le créancier est propriétaire en vertu de son contrat, il pourra revendiquer la chose en cas de faillite du vendeur; tandis que si l'on admet que le vendeur est resté propriétaire, l'acheteur n'a qu'une action personnelle, pour l'exercice de laquelle il sera assujetti aux règles qui régissent la faillite, c'est-à-dire qu'il subira la perte que tous les créanciers doivent supporter (1).

223. Il y a une autre question tout aussi controversée et qui, dans une opinion assez répandue, se lie à la question de la transmission de la propriété. Qui supporte les risques dans l'obligation alternative? L'orateur du gouvernement, après avoir établi que le débiteur reste propriétaire, en conclut que c'est aussi lui qui supporte les risques. Nous écartons cette opinion, parce que nous

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 190, n° 115 *bis* VI. Demolombe, t. XXVI, p. 19, n° 22, 3°, et p. 18, n° 21, 2°.

n'admettons pas, en matière d'obligations, l'adage que la chose périt pour son propriétaire. Ceux qui sous-entendent une condition dans l'obligation alternative en concluent que dans cette obligation, de même que dans l'obligation conditionnelle, les risques sont à charge du débiteur (1); comme nous n'admettons pas le principe, nous rejetons aussi la conséquence que l'on en déduit. A notre avis, il faut appliquer à l'obligation alternative le principe général établi par l'article 1138, c'est-à-dire décider que le créancier supporte les risques. Le principe est général, la loi n'y fait aucune exception : cela nous paraît décisif (2). On objecte que dans l'obligation alternative la chose est indéterminée; or, le principe de l'article 1138 suppose que la chose est déterminée; c'est ce que nous-même nous venons de dire dans la question de la propriété (n° 221), en décidant que la propriété n'est pas transmise, parce que la chose est indéterminée; ne faut-il pas, par la même raison, décider que les risques restent à charge du débiteur? A première vue, notre inconséquence est évidente. C'est un seul et même article qui dispose que la propriété est acquise au créancier et que la chose est à ses risques dès l'instant où le contrat est parfait; la doctrine n'applique ce principe qu'au cas où la chose est déterminée; donc quand elle est indéterminée, la propriété reste au débiteur et les risques sont à sa charge. Nous répondons que la contradiction n'est qu'apparente. Sans doute, si la chose qui fait l'objet de l'obligation alternative est un genre, les risques sont pour le débiteur; mais nous supposons que les deux choses qui y sont comprises sont des corps certains: la maison A ou la maison B; dans ce cas, le texte et l'esprit de l'article sont applicables. Pourquoi le débiteur est-il libéré par la perte fortuite et pourquoi le créancier ne l'est-il pas? Parce que le débiteur a rempli son obligation en conservant la chose avec les soins d'un bon père de famille; le débiteur ayant satisfait à son engage-

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 556.
(2) Demolombe, t. XXVI, p. 19, n° 23.

ment, le créancier doit aussi remplir le sien. Ce motif s'applique, à la lettre, à l'obligation alternative : le débiteur ne doit-il pas conserver la maison A et la maison B? n'est-il pas responsable quand l'une des maisons vient à périr par sa faute? Donc, quand les deux maisons périssent, non par sa faute, mais par cas fortuit, on doit dire qu'il a rempli son obligation et partant le créancier doit remplir la sienne. Reste la contradiction que l'on pourrait nous reprocher : si les risques sont pour le créancier, ne doit-on pas dire, par identité de texte et de motif, que le créancier est devenu propriétaire? Non, il y a une différence entre les risques et la transmission de la propriété. S'agit-il des risques, ils sont pour le créancier, à moins que la chose qui fait l'objet de l'obligation ne soit un *genre*. S'agit-il de la transmission de la propriété, elle ne peut se transmettre au créancier que si la chose est *déterminée*; or, elle est indéterminée dans l'obligation alternative, donc le créancier ne peut pas devenir propriétaire.

Quand les deux choses comprises dans l'obligation alternative sont péries totalement, notre solution, quant aux risques, n'est guère douteuse. En effet, l'article 1195 porte « que si les deux choses sont péries sans la faute du débiteur et avant qu'il soit en demeure, l'obligation est éteinte conformément à l'article 1302. » Or, l'article 1302 ne fait qu'appliquer le principe de l'article 1138 : le débiteur est libéré par la perte fortuite, parce qu'il n'est ni en faute, ni en demeure, c'est-à-dire parce qu'il a satisfait à son engagement en conservant la chose avec les soins d'un bon père de famille ; dès lors le créancier doit aussi remplir l'obligation que le contrat lui impose, c'est-à-dire payer le prix s'il s'agit d'une vente.

S'il en est ainsi dans le cas de perte totale, il en doit être de même quand la chose est dégradée ou qu'elle périt partiellement ; car la perte partielle est régie par les mêmes principes que la perte totale. Voilà pourquoi nous avons fait nos réserves dans l'espèce jugée par la cour de Douai (n° 219). Le débiteur devait trois actions ou 3,000 francs ; les actions n'étaient pas péries totalement,

il n'y avait donc pas lieu d'appliquer l'article 1193; l'obligation alternative subsistait, partant il fallait décider que le risque était pour le créancier (1).

N° 2. OBLIGATIONS ALTERNATIVES ET OBLIGATIONS CONJONCTIVES.

224. L'obligation est conjonctive lorsqu'elle a pour objet plusieurs choses, de telle sorte que le débiteur doit toutes les choses en vertu d'un seul et même titre. Je vous vends la maison A et la maison B pour 50,000 francs. Je suis débiteur des deux maisons; pour remplir mon obligation, je dois les livrer l'une et l'autre; je ne puis pas vous livrer la maison A et en demander le prix, car je n'ai pas vendu la maison A séparément, le contrat comprend deux maisons collectivement; or, toute obligation est indivisible entre le créancier et le débiteur; ce principe reçoit son application à l'obligation collective. Il en serait autrement si, par un même acte, je vous vendais la maison A pour 20,000 francs et la maison B pour 80,000 francs; il y aurait, en ce cas, deux ventes simples ne comprenant chacune qu'un seul objet. Peu importe que les deux ventes soient constatées par un même acte; on peut, dans un même acte, relater des conventions différentes. Il y aura, en ce cas, autant de titres différents que de conventions; tandis que l'obligation conjonctive implique un seul et même titre, un fait juridique unique.

Toullier dit que dans l'obligation conjonctive il y a autant de stipulations, autant de dettes que de choses contenues dans la promesse. Il en conclut que le débiteur peut diviser le payement, forcer le créancier à recevoir l'une des choses avant les autres. Ce n'est pas là l'obligation conjonctive, car il n'y a rien de conjoint, tout est divisé. Toullier lui-même l'avoue : c'est comme si l'on avait dit : Je vous vends la maison A, je vous vends la maison B. Il n'y a pas là une obligation conjointe comprenant deux maisons, il y a deux obligations différentes

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 188, n° 115 *bis* IV.

comprises dans un même acte. L'opinion de Toullier est restée isolée (1).

225. La différence est grande entre l'obligation conjonctive et l'obligation alternative. De l'obligation conjonctive, il faut dire que toutes les choses y sont non-seulement comprises, mais qu'elles sont dues et d'une manière indivisible ; tandis que l'obligation alternative comprend bien deux choses, mais une seule est due, en ce sens que l'une des choses seulement doit être payée. Il n'y a rien d'incertain dans l'obligation conjonctive, c'est une obligation pure et simple régie par les principes qui régissent les obligations qui n'ont pour objet qu'une seule chose. La propriété de toutes les choses comprises dans l'obligation conjonctive est transférée immédiatement, en vertu de l'article 1138, tandis que l'obligation alternative ne peut pas transférer la propriété, à raison de l'incertitude qui règne sur la chose que le débiteur payera. Il n'y a plus aucun doute quant aux risques, le créancier les supporte d'après le droit commun. Il n'y a pas d'incertitude non plus sur la nature de l'obligation conjonctive qui comprend des immeubles et des meubles; elle est en partie mobilière, en partie immobilière; la nature de l'obligation alternative, au contraire, est incertaine quand elle comprend un immeuble ou une chose mobilière, c'est le payement qui décidera si l'obligation est mobilière ou immobilière (2).

N° 3. OBLIGATIONS FACULTATIVES ET OBLIGATIONS ALTERNATIVES.

226. On entend par obligations facultatives celles qui ont pour objet une chose avec faculté pour le débiteur de payer une autre chose à la place de celle qui est due. Je vous dois une maison avec faculté de me libérer en vous payant 50,000 francs. C'est l'exemple qu'on trouve dans le code. Quand dans une vente d'immeubles

(1) Toullier, t. III, 2, p. 426, n° 686. En sens contraire, Larombière, t. II, p. 503, n° 2 de l'article 1189. Demolombe, t. XXVI, p. 22, n° 24 ; p. 24, n°s 27 et 28.
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 556. Demolombe, t. XXVI, p. 23, n° 26.

le vendeur est lésé de plus de sept douzièmes, il peut agir en rescision; l'acheteur est obligé de restituer la chose vendue, mais il a la faculté de la garder en payant le supplément du juste prix.

On voit la différence qui existe entre l'obligation alternative et l'obligation facultative. Si je vous dois la maison A ou 50,000 francs, les deux choses sont comprises dans l'obligation, la maison et les 50,000 francs, nous avons vu en quel sens. Si je vous dois la maison A, avec faculté de me libérer en vous payant 50,000 francs, il n'y a qu'une seule chose comprise dans l'obligation : la maison; quant aux 50,000 francs, ils ne sont pas compris dans l'obligation, le débiteur ne les doit pas, il a seulement la faculté de les payer; comme on dit à l'école, ils sont *in facultate solutionis*. De là le nom d'obligation facultative que Delvincourt a donné à ces obligations et qu'elles ont conservé dans la doctrine. Nous allons déduire les conséquences qui résultent de la différence qui existe entre l'obligation facultative et l'obligation alternative : elles sont considérables (1).

227. Dans l'obligation alternative, il y a deux choses; si l'une d'elles ne peut pas faire l'objet de l'obligation, il en reste toujours une autre qui suffit pour que l'obligation existe; elle ne sera pas alternative dans ce cas, mais pure et simple, dans le langage du code civil (art. 1192). Dans l'obligation facultative; il n'y a qu'une chose, si celle-là ne peut faire l'objet de l'obligation, la convention sera inexistante faute d'objet; le débiteur ne devra pas la chose qu'il s'était réservé la faculté de payer, car cette chose n'était pas comprise dans l'obligation, il ne la devait pas et le créancier ne pouvait pas la demander; l'obligation est donc sans objet, partant elle n'a pas d'existence légale.

De même quand l'une des choses comprises dans l'obligation alternative périt, la convention subsiste comme contenant une obligation pure et simple (art. 1193). Si la

(1) Duranton, t. XI, p. 170, nos 154-157. Colmet de Santerre, t. V, p. 186, no 115 *bis*. Aubry et Rau, t. IV, p. 45, § 300. Larombière, t. II, p. 543, no 3 de l'article 1196 (Ed. B., t. II, p. 20). Demolombe, t. XXVI, p. 27, no 31.

chose qui fait l'objet de l'obligation facultative venait à périr, l'obligation du débiteur serait éteinte; le créancier ne pourrait pas lui demander la chose qui est *in facultate solutionis*, car cette chose n'est pas due; le débiteur s'était seulement réservé la faculté de la payer en lieu et place de celle qu'il devait; or, il ne doit plus rien, il est libéré.

228. Dans l'obligation alternative, le créancier doit demander l'une ou l'autre des deux choses comprises dans l'obligation si le débiteur a le choix. Dans l'obligation facultative, le créancier ne peut demander que la chose qui est comprise dans l'obligation; il ne peut pas demander celle que le débiteur a la faculté de payer, car le débiteur ne la doit pas. De là une conséquence importante quant à la nature de l'obligation; elle se détermine par la nature de la chose que le créancier a le droit d'exiger et que le débiteur doit payer. Quand l'obligation alternative comprend un immeuble et un meuble, la nature de l'obligation reste incertaine jusqu'au payement; si le débiteur paye l'immeuble, l'obligation sera immobilière; s'il paye le meuble, l'obligation sera mobilière. Dans l'obligation facultative tout est certain dès le principe; il n'y a qu'une chose due : est-elle immobilière, l'obligation sera immobilière, quand même le débiteur aurait la faculté de payer une chose mobilière et qu'il userait de cette faculté. De même l'obligation facultative serait mobilière si la chose due était mobilière, quand même le débiteur payerait la chose immobilière qu'il se serait réservé la faculté de payer.

Il suit de là que l'action en rescision de la vente pour cause de lésion est immobilière, quand même l'acheteur, usant de la faculté que lui donne la loi, garde l'immeuble et paye le supplément du juste prix. La cour de cassation s'y est trompée d'abord, comme nous le dirons au titre de la *Vente*. Cela prouve combien il importe d'établir les vrais principes, quelque élémentaires qu'ils soient.

Nº 4. OBLIGATIONS PÉNALES, CONDITIONNELLES ET ALTERNATIVES.

229. L'obligation conditionnelle a parfois l'apparence d'une obligation alternative : Je vous promets une somme de 10,000 francs pour le cas où je ne vous vendrai pas ma maison : c'est une obligation conditionnelle. Je vous promets ma maison ou 10,000 francs : c'est une obligation alternative. La différence saute aux yeux : dans l'obligation conditionnelle, je ne m'oblige pas à vous livrer ma maison ; la maison n'est pas dans l'obligation, je promets une somme d'argent sous condition. L'existence de l'obligation conditionnelle est incertaine, elle n'existe que si la condition s'accomplit. Dans l'obligation alternative, rien n'est incertain, en ce qui concerne l'existence de l'obligation ; elle est pure et simple : je dois la maison ou 10,000 francs. L'incertitude ne porte que sur la chose que je payerai. De là suit que les risques sont pour le débiteur dans l'obligation conditionnelle, tandis qu'ils sont pour le créancier dans l'obligation alternative. De bons esprits s'y sont trompés et ont cru que l'obligation alternative implique une condition suspensive (nº 223). Est-ce que l'obligation sous condition donne une action au créancier? Non, et si le débiteur payait, il pourrait répéter (1).

230. Il y a aussi une analogie apparente entre l'obligation pénale et l'obligation alternative. Je promets de vous vendre ma maison et si, je manque à mon engagement, je m'oblige à vous payer une somme de 10,000 fr.; c'est une obligation avec clause pénale. Il n'y a qu'une chose comprise dans l'obligation, la maison ; la peine ne sera due qu'en cas d'inexécution de l'obligation ; le créancier a alors le choix entre l'exécution de l'obligation principale et la peine ; parfois il peut même demander le principal et la peine. Dans l'obligation alternative, le créancier peut et doit demander l'une ou l'autre des deux choses comprises dans l'obligation ; dans l'obligation pé-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 186, nᵒˢ 115 et 115 *bis* IV. Larombière, t. II, p. 510, nº 11 de l'article 1189 (Ed. B., t. II, p. 8). Demolombe, t. XXVI, p. 29, nº 34.

nale, il peut seulement demander la chose principale, il ne peut demander la peine que lorsque l'obligation principale n'est pas exécutée. Si la chose due en vertu de la clause pénale ne peut être l'objet du contrat, il n'y a pas d'obligation, et l'obligation s'éteint si la chose périt. Nous venons de dire qu'il en est autrement dans l'obligation alternative. La nature mobilière ou immobilière de l'obligation pénale se détermine par la nature de la chose principale et non par la nature de la peine que le débiteur paye en cas d'inexécution. La nature de l'obligation alternative dépend du payement (1).

§ II. *Du choix.*

N° 1. DU CHOIX APPARTENANT AU DÉBITEUR.

231. Aux termes de l'article 1190, « le choix appartient au débiteur s'il n'a pas été expressément accordé au créancier. » Pothier, à qui cette disposition est empruntée, dit que c'est une conséquence de la règle d'interprétation que les auteurs du code lui ont également empruntée, et que l'article 1162 formule comme suit : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. » L'article 1190 va plus loin, il prévient le doute en exigeant que le contrat stipule d'une manière expresse le choix en faveur du créancier, sinon il appartiendra au débiteur. Il suffit donc qu'il n'y ait pas de clause concernant le choix pour que le débiteur ait le droit de l'exercer.

Ce principe si simple a été méconnu entièrement par une cour d'appel. Il est dit dans un contrat de mariage que la dot sera payable en argent ou en immeubles. Voilà une obligation alternative, le choix n'étant pas réservé à la femme créancière de la dot, appartenait par cela même au débiteur ; la femme n'avait donc qu'une action mobilière, action qui ne pouvait autoriser une demande en revendication d'immeubles. Cependant la cour de Riom,

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 558.

supposant que la femme avait le droit d'option et se fondant sur ce qu'elle avait fait son choix, jugea que la femme avait eu la saisine des immeubles depuis le contrat de mariage. Décision inexplicable, tant elle est contraire aux plus simples notions de droit; la cour donne l'option au créancier, alors que la loi l'accorde au débiteur; la cour donne la saisine en vertu de ce prétendu droit d'option sur des immeubles qui n'étaient pas même déterminés par le contrat de mariage. Sur tous ces points la loi était violée. L'arrêt fut cassé (1).

232. Comment le débiteur exerce-t-il son choix? On enseigne qu'il ne peut manifester son option que par la délivrance, que toute autre indication de sa volonté serait insuffisante (2). Cela est trop absolu. Sans doute, le débiteur ne peut pas, en détruisant la chose ou en l'aliénant, priver le créancier des droits que lui donne une créance alternative; nous reviendrons sur ce point. Mais tant que les deux choses, dues sous alternative, sont dans la main du débiteur, il peut par un simple acte de volonté déclarer laquelle de ces choses il entend payer; dès cet instant, l'obligation devient pure et simple. Pourquoi faudrait-il, comme on le prétend, le consentement du créancier? Cela nous paraît contraire au texte et à l'esprit de la loi. L'article 1190 dit que le choix appartient au débiteur, donc au débiteur seul; exiger le consentement du créancier, c'est ajouter à la loi, et l'interprète n'a pas ce droit-là. Est-ce que par hasard la nécessité du consentement du créancier résulterait de la nature du droit d'option? Il faut dire, au contraire, que celui qui a un choix est libre d'exercer ce droit comme il l'entend ; choisir avec le concours de volonté du créancier intéressé au choix, ce n'est plus choisir. Si le créancier doit consentir, il pourra refuser son consentement; que deviendra alors le choix du débiteur?

233. L'article 1191 dit que le débiteur peut se libérer en délivrant l'une des deux choses promises, mais

(1) Cassation, 8 novembre 1815 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1320).
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 200, n° 126 *bis* I. Demolombe, t. XXVI, p. 42, n° 48.

qu'il ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre; c'est l'application du principe de l'indivisibilité du payement. Le débiteur doit payer la chose qui fait l'objet de l'obligation et il doit la payer pour le tout (art. 1243 et 1244). Or, quel est l'objet de l'obligation alternative? C'est l'une ou l'autre des choses qui y sont comprises, non pas moitié de l'une et moitié de l'autre; ce serait donc violer la loi du contrat que de payer moitié de l'une et moitié de l'autre (1).

234. Il peut arriver que le débiteur, au lieu de payer seulement l'une des deux choses, les paye toutes les deux. On suppose qu'il l'a fait par erreur, trompé par une expédition de l'acte qui contient la conjonction *et*, au lieu de la disjonctive *ou*. Il pourra répéter, cela va sans dire; mais qu'est-ce qu'il répétera? Les jurisconsultes romains étaient divisés. Pothier décide, avec son admirable équité, que la répétition de l'indû doit mettre le débiteur dans la position où il eût été s'il n'avait pas payé par erreur : il a payé comme dette pure et simple une dette qui était alternative. Il faut donc que la répétition lui rende son droit de débiteur alternatif; c'est dire qu'il doit avoir le droit de choisir, en répétant, ce qu'il avait le droit de choisir en payant (2).

N° 2. DU CHOIX EXERCÉ PAR LE CRÉANCIER.

235. Le créancier n'a le choix que lorsqu'il lui a été *expressément* accordé : ce sont les termes de l'article 1190. Que faut-il entendre par le mot *expressément?* Que la loi n'exige point de termes sacramentels, cela va sans dire. Les auteurs vont plus loin; il suffit, d'après eux, qu'il n'y ait aucun doute sur l'intention qu'ont eue les parties d'accorder le choix au créancier; d'où suivrait que la volonté tacite est suffisante (3). Il nous semble que c'est dépasser

(1) Toullier, t. III, 2, p. 428, n° 691. Colmet de Santerre, t. V, p. 191, n° 118.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 257, et tous les auteurs modernes (Colmet de Santerre, t. V, p. 191, n° 117 *bis*.
(3) Demolombe, t. XXV, p. 34, n° 38.

la loi; quand elle veut une déclaration expresse, elle prescrit par cela même que les parties expriment leur volonté par des termes; ce qui exclut le consentement tacite. L'acte porte que le créancier *prendra :* il aura le choix, car pour prendre, il faut avoir le droit de choisir. Quand le débiteur a le choix, le créancier n'a point le droit de prendre, il doit demander. Si donc l'acte dit que le créancier *exigera, demandera,* le choix restera au débiteur (1).

236. D'après l'article 1191, le débiteur qui a le choix ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une des choses promises et une partie de l'autre. Ce principe s'applique aussi au créancier quand il a le droit de choisir, il résulte de l'indivisibilité du payement (n° 233). Le créancier ne peut pas plus que le débiteur fractionner le payement : ce serait violer la loi du contrat (2).

237. Comment le créancier exerce-t-il son choix? On répond que l'option du créancier s'exerce par la demande de l'une des choses promises (3). Il faut appliquer au créancier ce que nous avons dit du débiteur (n° 232). La loi n'exige pas qu'il manifeste son choix par une demande, donc une simple déclaration de volonté suffit.

N° 3. DU CHOIX DES HÉRITIERS.

238. Le droit de choisir passe aux héritiers des parties contractantes. C'est une conséquence du principe que nous stipulons pour nous et pour nos héritiers. Il n'y a pas à distinguer entre les héritiers du créancier et les héritiers du débiteur; il est vrai que le créancier n'a le choix que lorsqu'il lui est expressément accordé, mais par cela même qu'il fait l'objet d'une clause expresse, les héritiers en profitent (4). Le principe est incontestable, mais l'application donne lieu à des difficultés.

(1) Duranton, t. XI, p. 158, n° 137. Larombière, t. II, p. 513, n° 2 de l'article 1190 (Ed. B., t. II, p. 9).
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 191, n° 118 *bis* I.
(3) Colmet de Santerre, t. V, p. 200, n° 124 *bis* I.
(4) Toullier, t. III, 2, p. 428, n° 691.

239. Les héritiers du débiteur à qui le choix appartient ne s'entendent pas. Avant Dumoulin, les interprètes étaient très-divisés; le grand jurisconsulte mit fin à leur perplexité en appliquant à ce débat le principe que l'on applique à toute contestation : c'est que le juge décide en fixant un délai aux héritiers pour se concilier, passé lequel il choisira lui-même; il peut aussi accorder le choix au créancier, dit Dumoulin. Cela nous paraît douteux, ce serait changer la loi du contrat; le juge doit se borner à se prononcer sur le dissentiment qui existe entre les héritiers, sans modifier le contrat.

Si le choix appartient au créancier et que ses héritiers ne parviennent pas à s'entendre, le débiteur ne pourra pas être forcé à payer, puisque le créancier est dans l'impossibilité de formuler sa demande. S'il n'a aucun intérêt à payer, il attendra qu'il plaise aux héritiers de se concilier. S'il est intéressé à payer, il pourra demander que le juge décide, comme nous venons de le dire pour les héritiers du créancier.

Reste à savoir comment les héritiers du créancier mettront fin à leur dissentiment. On a proposé la voie du sort; mais le temps est passé où le juge pouvait se permettre de suppléer à la science qui lui manque, en faisant tirer les plaideurs à la courte paille. Il est vrai que parfois le législateur s'en rapporte au sort, mais il faut pour cela une disposition expresse. Il n'y a qu'un moyen légal de terminer le différend, c'est de le soumettre au juge, lequel exercera le droit d'option si les parties ne parviennent pas à se concilier (1).

N° 4. EFFET DE L'OPTION.

240. Les auteurs posent comme principe que l'option rétroagit au jour du contrat (2). Cela nous paraît très-

(1) Larombière (t. II, p. 521, nos 9-11 de l'article 1191) (Ed. B., t. II, p. 13). Colmet de Santerre, t. V, p. 192, n° 118 *bis* II.

(2) Larombière, t. II, p. 511, n° 12 de l'article 1189 (Ed. B., t. II, p. 14) Demolombe, t. XXVI, 1, p. 52, n° 63.

douteux. Les faits juridiques ne rétroagissent pas en général ; pourquoi l'option rétroagirait-elle? On applique les principes de la condition, dit M. Demolombe ; mais lui-même, ainsi que la plupart des auteurs, enseigne que l'obligation alternative n'est pas conditionnelle ; dès lors il faut laisser de côté les principes qui régissent les conditions.

241. L'application que l'on fait du prétendu principe de la rétroactivité fait naître de nouveaux doutes. Une vente est faite sous alternative ; le vendeur aliène l'un des immeubles ; on suppose que l'acheteur a le choix et qu'il choisit l'immeuble vendu. Si l'option rétroagit, il s'ensuit que l'acheteur a été propriétaire dès le jour du contrat ; par conséquent, il pourra revendiquer la chose contre le tiers acquéreur. La conséquence est très-grave : est elle juridique? L'acheteur ne peut-il pas dire que lors de la vente le créancier sous alternative n'était pas encore propriétaire ; que le débiteur, resté propriétaire, a eu le droit d'aliéner, et que, partant, lui, acheteur, est devenu propriétaire? Nous ne voyons pas ce qu'on lui répondrait. De quel droit le créancier alternatif viendrait-il l'évincer? On comprend que si le contrat alternatif transportait la propriété de la chose au créancier, celui-ci aurait le droit de la revendiquer ; mais si l'on admet, comme nous l'avons enseigné, que la propriété ne se transmet que lors du choix, le créancier ne peut pas attaquer la vente faite antérieurement, car cette vente a été faite régulièrement, elle a transmis la propriété au tiers acheteur ; celui-ci a un droit acquis qu'on ne peut pas lui enlever.

On déduit encore une autre conséquence du principe de la rétroactivité. Quand la créance alternative a pour objet un meuble ou un immeuble, c'est le choix du débiteur ou du créancier qui déterminera la nature de l'obligation. Sera-t-elle mobilière ou immobilière seulement à partir du choix? Sur ce point, il n'y a aucun doute : la nature de l'obligation ne peut pas être différente lors du contrat et lors de l'option ; elle sera donc mobilière ou immobilière dès l'instant de la perfection du contrat. Est-ce en vertu de la rétroactivité du choix? Pothier dit

que la nature de la créance est *en suspens* (1), ce qui implique une condition suspensive. Toutefois Pothier ne dit pas que l'obligation alternative soit conditionnelle, et aucun auteur ne le dit ; or, dès qu'il n'y a pas de condition, il ne peut être question de rétroactivité. L'obligation est pure et simple, sauf que la chose due reste incertaine ; en ce sens la nature de la créance reste en suspens ; le payement, en déterminant la chose, détermine en même temps la nature du droit.

242. Le débiteur peut-il revenir sur son choix? Si l'on admet que le choix ne peut se faire qu'avec le consentement du créancier (n° 232), le choix sera irrévocable dès qu'il y aura concours de consentement. Dans l'opinion que nous avons enseignée, il y a quelque difficulté. Il faut distinguer de quelle manière le débiteur manifeste son choix. S'il livre l'une des choses promises et que le créancier la reçoive, tout est consommé, la dette est éteinte ; il ne peut plus être question de revenir sur le choix. Mais si le débiteur déclare seulement qu'il a fait son option et qu'il livrera telle chose au créancier, sans que celui-ci ait accepté cette déclaration, pourra t-il encore révoquer son option? Il faut voir s'il s'agit d'un contrat translatif de propriété ; c'est une vente alternative ; il suffit, dans ce cas, pour que la propriété soit transférée, que le choix soit fait et déclaré ; dès cet instant l'acheteur devient propriétaire, tout est consommé et partant irrévocable. Si le vendeur a le choix, l'acheteur peut contester la validité de l'option, il peut refuser de recevoir la chose ; il faudra alors que le vendeur fasse des offres réelles et consigne ; c'est le juge qui décidera si les offres sont valables. Cela suppose que les choses sont déterminées ; si elles sont indéterminées, c'est encore le choix du vendeur qui déterminera la chose vendue, sauf à l'acheteur à contester, ce qui nécessitera des offres réelles. Si le contrat n'est pas translatif de propriété, le choix que fera le débiteur ne donnera aucun droit au créancier, tant que celui-ci ne l'a pas accepté : c'est une manifestation de volonté unila-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 254.

térale qui peut être révoquée par une manifestation contraire.

Si le choix appartient au créancier, on suit les mêmes principes. Le créancier peut manifester son option en demandant l'une des choses promises : ce choix sera-t-il irrévocable? Oui, s'il s'agit d'un contrat translatif de propriété, puisque l'option suffit pour que la propriété soit transférée. Si le contrat n'est pas translatif de propriété, la demande est une manifestation unilatérale de volonté qui ne deviendra irrévocable que par l'acquiescement du créancier ou le jugement qui déclarera l'option valable. Le créancier peut aussi manifester son choix par une simple déclaration d'intention, l'effet sera le même (1).

243. En disant que le choix des parties intéressées est irrévocable, nous avons supposé que l'option est valable comme fait juridique. C'est une manifestation de volonté; or, tout consentement exige certaines conditions pour qu'il soit valable; s'il est vicié par l'erreur, la violence ou le dol, celui dont le consentement est vicié pourra demander la nullité de l'acte. Lors donc que le débiteur paye l'une des choses comprises dans l'obligation alternative croyant qu'il ne doit que cette chose et qu'il la doit purement et simplement, il pourra demander la nullité du payement; il a voulu payer une dette pure et simple, tandis que la dette était alternative, il a donc réellement payé ce qu'il ne devait pas; partant il pourra répéter la chose qu'il a livrée, à la condition de remettre l'autre au créancier.

244. Si l'obligation consiste en prestations successives et périodiques, le choix que les parties feront pour une de ces prestations ne les liera point pour les autres. A chaque payement, le droit d'option pourra être exercé soit par le débiteur, soit par le créancier. Cela résulte de l'intention des parties contractantes : on ne peut pas supposer qu'en exerçant leur choix au premier payement

(1) Comparez Larombière, t. II, p. 513, nos 3 et 4 de l'article 1190 (Éd. B., t. II, p. 9). Colmet de Santerre, t. V, p. 200, n° 124 *bis* II. Demolombe, t. XXVI, p. 44, n° 51. La jurisprudence est rapportée par Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1323, et Recueil périodique, 1854, 5, 127.

elles aient entendu se lier pour l'avenir ; l'exercice d'un droit n'en implique pas la renonciation. Pothier le décide ainsi, et telle est aussi la doctrine des auteurs modernes ainsi que la jurisprudence (1).

§ III. *De la perte des choses comprises dans l'obligation.*

245. « Si les deux choses sont péries sans la faute du débiteur et avant qu'il soit en demeure, l'obligation est éteinte, conformément à l'article 1302 » (art. 1195). Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 223) sur cette disposition. Quand l'une des choses seulement périt ou qu'elles périssent toutes, mais que l'une au moins périt par la faute du débiteur, il faut faire diverses distinctions ; les conséquences de la perte diffèrent selon que le choix appartient au débiteur ou au créancier.

N° 1. QUAND LE CHOIX APPARTIENT AU DÉBITEUR.

246. L'une des choses périt ; dans ce cas, dit l'article 1193, l'obligation devient pure et simple, quand même la chose aurait péri par la faute du débiteur. Si la chose a péri par cas fortuit, la conséquence de la perte est très-simple ; le débiteur est privé du choix par le cas fortuit, l'obligation est donc déterminée à la chose qui reste, et comme c'est par cas fortuit que la chose a péri, le débiteur en doit supporter les conséquences. L'article 1193 ajoute que le prix de la chose qui est périe ne peut pas être offert à sa place. Cette question était controversée dans l'ancien droit ; le code consacre la doctrine de Dumoulin suivie par Pothier. Il y a deux choses comprises dans l'obligation alternative : si l'une de ces choses périt par cas fortuit, l'obligation subsiste, puisqu'il reste une chose qui en fait l'objet ; seulement le débiteur a perdu le choix. Il ne peut pas offrir au créancier le prix de la chose qui a péri, car le créancier n'a pas

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 247. Colmet de Santerre, t. V, p. 201, n° 124 *bis* IV. Larombière, t. II, p. 516, n° 8 (Éd. B., t. II, p. 10). Demolombe, t. XXVI, p. 44, n° 52. Liége, 21 mars 1868 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 407).

stipulé le prix; il n'est donc pas dû et, par suite, le débiteur ne peut l'offrir. Si la chose a péri par la faute du débiteur, il pourrait objecter que lorsque dans une obligation pure et simple la chose périt par la faute du débiteur, il en doit le prix. Cela est vrai, mais de là ne suit pas que le débiteur doive le prix dans une obligation alternative; dans cette obligation, le créancier a une double chance en cas de perte, c'est que l'une venant à périr l'autre subsiste et est due. Donc dans l'intention des parties contractantes, dès que le débiteur ne peut pas payer l'une, il doit payer l'autre (1).

L'article 1193 dit : *même par la faute du débiteur.* Pourquoi la faute du débiteur ne donne-t-elle aucun droit au créancier dans l'obligation alternative? Parce qu'elle ne lui cause aucun préjudice. Le débiteur ayant le choix peut dire qu'il n'aurait pas livré la chose qu'il a fait périr, et il avait le droit de ne pas la livrer. Quant au créancier, il ne peut pas se plaindre, puisque l'autre chose subsiste, et il n'avait droit qu'à cette chose, puisque le débiteur l'a choisie en faisant périr la première.

247. L'article 1193 ajoute : « Si toutes deux sont péries et que le débiteur soit en faute à l'égard de l'une d'elles, il doit payer le prix de celle qui a péri la dernière. » Cette disposition s'explique facilement quand la première chose a péri par cas fortuit et si la seconde périt par la faute du débiteur. La perte fortuite de la première a pour effet de rendre l'obligation pure et simple, dit le premier alinéa de l'article 1193; c'est-à-dire que le débiteur ne doit plus que la chose qui subsiste; s'il la fait périr par sa faute, il en doit le prix : c'est le droit commun.

Si les deux choses ont péri par la faute du débiteur, la décision est la même ainsi que le motif de décider. Le créancier ne peut pas dire que, les deux choses ayant péri par la faute du débiteur, on rentre dans le droit commun, d'après lequel le débiteur répond de sa faute. Il est vrai que le débiteur répond effectivement de sa faute, mais

(1) Pothier, *Des obligations*, nos 250 et 251. Duranton, t. XV, p. 164, n° 143. Colmet de Santerre, t. V, p. 195, n° 120 *bis*.

il faut voir pour laquelle des deux choses il est en faute. Ce n'est pas pour la première, car il avait le droit de la faire périr, en ce sens qu'il choisit la seconde; son obligation est devenue pure et simple. Jusqu'ici il n'est pas en faute : sa faute ne commence que lorsqu'il fait périr la seconde chose, c'est cette faute qu'il doit réparer, et la réparation consiste naturellement dans le prix de la chose qui a péri par sa faute.

218. Les deux choses périssent, la première a péri par la faute du débiteur et la seconde vient à périr par cas fortuit. Dans ce cas, il y a quelque difficulté. Pothier dit que selon la *subtilité*, le débiteur paraîtrait devoir être quitte des deux, c'est-à-dire libéré de son obligation, mais l'*équité* veut qu'il soit tenu (1). Quand Pothier parle de la *subtilité* en l'opposant à l'*équité*, il entend par là la rigueur du droit. La rigueur du droit semble, en effet, être pour le débiteur. Il fait périr la première chose par sa faute, la loi ne l'en déclare pas responsable, elle se borne à dire que l'obligation devient pure et simple (art. 1193, 1er alinéa). Le débiteur ne doit donc plus qu'une seule chose; si elle périt par cas fortuit, il doit être libéré. Pourquoi ne l'est-il pas? N'est-ce que par une considération d'équité? Nous croyons que le droit exige la même solution. L'article 1193 dit d'une manière trop absolue que l'obligation devient pure et simple quand la première chose périt par la faute du débiteur. Cela n'est vrai qu'en ce sens qu'il doit la seconde. Mais le débiteur ne peut pas, par son fait, transformer l'obligation alternative en obligation pure et simple, s'il en résulte un préjudice pour le créancier; or, le préjudice serait évident si la perte fortuite de la seconde chose libérait entièrement le débiteur. En effet, l'obligation alternative a ceci d'avantageux pour le créancier qu'elle lui donne une double chance; si l'une des choses vient à périr par cas fortuit, il lui reste une seconde chance. Or, en faisant périr la première par sa faute, le débiteur enlève l'une des chances au créancier; si la seconde subsiste, peu

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 252. Toullier, t. III, 2, p. 431, n° 696.

importe, le créancier recevra ce qui lui est dû; mais si la seconde périt par cas fortuit, le créancier, en vertu de l'obligation alternative, devrait avoir l'autre; si celle-ci a péri par la faute du débiteur, il a causé un préjudice par sa faute, il doit le réparer. C'est l'explication de Toullier; elle nous paraît décisive; il en résulte que le débiteur est tenu en droit aussi bien qu'en équité. Seulement Toullier a tort de citer l'article 1382; cet article parle de la faute en matière de délits et de quasi-délits, tandis que la faute que le débiteur commet est une faute contractuelle; c'est donc en vertu de l'article 1137 que le débiteur en est tenu.

Reste à savoir pourquoi le débiteur doit payer le prix de la chose qui a péri la dernière. Pothier décidait que le débiteur devait le prix de la chose qui a péri par sa faute. Pourquoi le législateur a-t-il dérogé, en ce point, à la doctrine de Pothier? On ne le sait. Les auteurs critiquent presque tous l'innovation (1). Si le débiteur est tenu, c'est à raison de sa faute; or, en quoi consiste sa faute? Ce n'est pas la perte fortuite de la seconde chose qui constitue la faute du débiteur, c'est parce qu'il a fait périr la première chose par sa faute qu'il est responsable, donc c'est la valeur de cette chose qu'il devrait payer. On peut cependant expliquer la décision du code. D'abord elle est d'une application plus facile, puisque l'on n'a qu'à apprécier la valeur d'une chose qui vient de périr, tandis que, dans l'opinion de Pothier, on doit évaluer une chose qui a péri depuis plus ou moins longtemps. Au point de vue juridique, on peut dire que le débiteur qui détruit la première chose prend sur lui les risques de celle qui reste; donc il en doit la valeur (2).

N° 2. LE CHOIX APPARTIENT AU CRÉANCIER.

219. Si le choix appartient au créancier et que l'une des choses périsse, il faut distinguer, d'après l'arti-

(1) Bugnet sur Pothier, t. II, p. 117, note 2. Duranton, t. XI, p. 165, n° 144.

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 196, n° 120 *bis*. En sens contraire, Demolombe, t. XXVI, p. 66, n° 83.

cle 1194. Si elle a péri sans la faute du débiteur, le créancier doit avoir celle qui reste. Il ne peut pas demander le prix de celle qui a péri, parce que le prix n'était pas dû. Le cas fortuit ne lui donne aucun droit, il le prive de son choix en déterminant l'obligation à la chose qui reste. Si la chose a péri par la faute du débiteur, le créancier peut demander la chose qui reste, parce qu'elle lui est due; il peut aussi, à titre de dommages-intérêts, demander le prix de celle qui a péri : c'est la réparation de la faute du débiteur.

250. Si les deux choses périssent et que le débiteur soit en faute à l'égard des deux ou à l'égard de l'une d'elles seulement, le créancier peut demander le prix de l'une ou de l'autre à son choix (art. 1194). Rien de plus juste, quand les deux choses sont péries par la faute du débiteur; le droit alternatif du créancier et son choix ayant péri totalement par la faute du débiteur, celui-ci doit la réparation de sa faute, ce qui se fait en transportant sur le prix le droit que le créancier a sur la chose. Si l'une des choses seulement a péri par la faute du débiteur, la solution de la loi est la même, mais elle est plus difficile à expliquer.

Supposons d'abord que le débiteur ait fait périr la première chose par sa faute; la seconde vient ensuite à périr par cas fortuit. Il y a un premier point qui est certain, c'est que cette perte fortuite ne peut pas libérer le débiteur ; il est responsable de la perte de la première chose et le cas fortuit ne le libére point de sa responsabilité. Reste à savoir en quoi doivent consister les dommages-intérêts. Le législateur donne au créancier le choix entre le prix des deux choses; sans doute, parce que le débiteur a, par sa faute, privé le créancier des avantages attachés à son droit alternatif. Toutefois il eût été plus juridique de limiter les dommages-intérêts au prix de la chose qui a péri par sa faute; on ne comprend pas pourquoi le créancier peut réclamer le prix de la chose qui a péri par cas fortuit.

Si c'est la première chose qui a péri par cas fortuit et que la seconde périsse par la faute du débiteur, on ne

peut plus dire que le créancier a été privé de son choix par le débiteur; donc celui-ci ne lui doit aucun dédommagement de ce chef; le débiteur prive seulement le créancier du droit qu'il avait sur cette seconde chose; c'est donc le prix de cette chose qu'il doit restituer (1).

SECTION V. — Des obligations solidaires (2).

ARTICLE I. De la solidarité entre cocréanciers.

§ Ier. *Définition et caractères.*

251. D'ordinaire, il n'y a dans une obligation qu'un seul créancier et un seul débiteur. Il peut cependant y avoir plusieurs créanciers; la définition même que le code donne du contrat le dit : une personne peut s'obliger envers une ou *plusieurs* autres, à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose. Si deux personnes figurent comme créanciers dans une obligation, on l'appelle conjointe. En principe, l'obligation contractée au profit de plusieurs personnes se divise entre les créanciers, de sorte qu'il y a autant de créances distinctes qu'il y a de créanciers. Cela arrive fréquemment quand le créancier unique vient à mourir, laissant plusieurs héritiers; les créances du défunt passent à ses successeurs universels, mais en se divisant entre eux, de sorte que chaque héritier est considéré comme un créancier distinct. Nous avons dit, en traitant des *Successions*, quel est le motif de cette division de créances qui se fait de plein droit, en vertu de la loi. Il peut aussi y avoir plusieurs créanciers en vertu du contrat. S'il y a deux créanciers, chacun n'a droit qu'à la moitié de la chose qui fait l'objet de la convention. La raison en est que chacun n'est censé stipuler que pour soi et pour son propre intérêt; donc chacun des créanciers qui stipulent une seule et même chose a l'intention d'en stipuler une partie à son profit. Quelle est,

(1) Duranton, t. XI, p. 167, n° 148. Colmet de Santerre, t. V, p. 197 et suiv., nos 121 *bis* I. Demolombe, t. XXVI, p. 70, n° 88.
(2) Rodière, *De la solidarité et de l'indivisibilité*. Paris, 1852, 1 vol. in-8°.

en général, cette partie? Chacun des créanciers ayant un intérêt égal, les parts doivent être égales; c'est ce qu'on appelle parts viriles, parce qu'elles se déterminent par le nombre des personnes qui stipulent dans un contrat (1).

252. Le principe de la division de la créance entre les créanciers a des conséquences importantes. D'abord chaque créancier ne peut réclamer que sa part dans la créance. La loi le dit des héritiers du créancier (article 1220). Il en est de même, s'il y a plusieurs créanciers en vertu du contrat; si la loi ne l'a pas dit, c'est que le cas ne se présente guère. Chacun des créanciers n'a donc le droit de recevoir que sa part dans la créance, et le débiteur ne doit payer à chacun que sa part virile.

Puisque chaque créancier ne peut demander que sa part, il s'ensuit que s'il interrompt la prescription, il ne l'interrompt que pour sa part. Pour mieux dire, il y a autant de créances que de créanciers; ce que l'un fait pour conserver son droit ne peut profiter aux autres. Chacun doit veiller à ses intérêts, et ce que l'un fait est étranger aux autres; peu importe qu'ils soient conjoints, leurs intérêts et leurs droits n'en sont pas moins divisés et distincts.

Par la même raison, si l'un des créanciers conjoints constitue le débiteur en demeure, la demeure ne produit d'effet qu'entre les deux parties, elle est étrangère aux autres créanciers. Si donc l'un des créanciers demande les intérêts au débiteur, ils ne courront qu'en faveur de ce créancier.

Si le débiteur paye un ou plusieurs des créanciers conjoints et qu'il devienne ensuite insolvable, les créanciers non payés n'auront aucun recours contre ceux qui ont reçu leur payement, car ceux-ci n'ont reçu que ce qui leur était dû (2).

253. Ces principes reçoivent exception quand les créanciers sont solidaires. Qu'est-ce que la solidarité?

(1) Toullier, t. III, 2, p. 431, n° 702 et p. 440, n° 710.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 14, § 298 *bis*. Demolombe, t. XXVI, p. 85, n° 116.

Toullier dit que c'est le droit qu'a chacun des créanciers de se faire payer la totalité de la dette. M. Larombière critique cette définition et dit que la solidarité est une *fiction* de la *loi* qui fait que la créance est censée appartenir à un seul. La solidarité une *fiction!* Elle résulte de la volonté des parties contractantes, et non de la loi; or, a-t-on jamais donné le nom de *fiction* à ce que les parties veulent? Et ce que les parties veulent n'est pas ce que M. Larombière leur fait vouloir. Il n'est pas exact que la créance est censée appartenir à un seul; c'était le principe romain, tandis que le principe français est tout contraire, comme nous le dirons plus loin. M. Demolombe, mécontent de ces définitions, propose la sienne : la solidarité, dit-il, est une certaine conjonction, particulièrement énergique. Les créanciers solidaires sont donc conjoints, ce qui est d'évidence, puisque l'on dit que la solidarité est une modification de l'obligation conjointe. Mais en quoi consiste cette conjonction si énergique? « C'est une conjonction revêtue d'un tel caractère que les parties afférentes, dans l'obligation, à chacun des créanciers, au lieu de se diviser, se réunissent et, *pour ainsi dire*, se condensent de manière à former autant d'obligations individuelles qu'il y a de créanciers, en même temps qu'elles ne forment toutes ensemble, dans le *faisceau* qui les relie, qu'une obligation unique à l'extinction de laquelle une seule prestation suffira (1). Nous doutons que cette description, un peu poétique, donne une idée de la solidarité à ceux qui ignoreraient ce que l'on entend par solidarité entre cocréanciers. M. Demolombe commence par rappeler le vieil adage qui dit que toute définition, en droit, est *périlleuse;* il pourrait hardiment ajouter *inutile* quand la loi elle-même dit ce qu'il y a à dire. Nous préférons le texte de l'article 1197 à la paraphrase que nous venons de transcrire. « L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le payement du total de la créance et que le payement fait à l'un d'eux libère le dé-

(1) Larombière, t. II, p. 557, nº 13 de l'article 1197 (Éd. B., t. II, p. 26)

biteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers. »

254. Il résulte de l'article 1197 que la solidarité entre cocréanciers est, en principe, contractuelle. Le code ne dit pas qu'elle résulte de la loi, comme il le dit de la solidarité entre codébiteurs (art. 1202). En effet, il n'y a aucun cas de solidarité légale entre cocréanciers. Les auteurs disent qu'elle peut être établie par le testateur ; il est vrai que la loi ne le dit pas, mais le testateur ayant plein pouvoir de disposer de ses biens comme il le veut, il est certain qu'il pourrait nommer plusieurs légataires solidaires (1). Nous laissons de côté la solidarité testamentaire pour nous en tenir à celle qui est stipulée par les parties contractantes. Pothier dit : « Cette solidarité entre créanciers est d'un usage très-rare parmi nous. » L'orateur du Tribunat dit de même que le cas de cette solidarité est extrêmement rare (2). Cela se comprend parfaitement. Les créanciers n'ont aucun intérêt à stipuler la solidarité, et c'est cependant à leur profit qu'elle est établie. Tout l'avantage qui en résulte, c'est que chacun d'eux pourra demander le payement de toute la créance, ce qui en facilite le recouvrement. Mais un mandat leur procurerait le même avantage sans présenter les inconvénients d'une stipulation solidaire. Le mandat que se donnent les créanciers solidaires est irrévocable et il passe aux héritiers. Or, les créanciers ont intérêt à pouvoir révoquer le mandat quand il y a des causes légitimes de révocation, et ils ne sont pas disposés à transmettre à des héritiers qu'ils ne connaissent point le mandat de confiance qu'ils veulent bien se donner entre eux (3).

255. Quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait solidarité ? Il faut que plusieurs personnes stipulent la même chose, de la même personne, en même temps et dans l'intention évidente que la chose sera due à chacun d'eux pour le total, de manière cependant qu'il n'y ait

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 259. Demolombe, t. XXVI, p. 102, n° 133.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 259. Mouricault, Discours, n° 33 (Locré, t. VI, p. 247).
(3) Colmet de Santerre, t. V, p. 203, nos 128 et 128 *bis* I.

qu'une obligation par rapport à tous considérés collectivement (1).

Les divers créanciers doivent stipuler la même chose pour qu'il y ait solidarité; si chacun stipule des choses diverses, quoique de la même personne et en même temps, il y aura autant de dettes distinctes qu'il y a de choses stipulées, la diversité des objets stipulés entraînant la division des obligations; tandis que dans l'obligation solidaire, il n'y a pas deux ou plusieurs obligations, il n'y en a qu'une seule.

Il faut qu'il y ait aussi identité de personnes. Si des personnes diverses stipulent séparément la même chose de la même personne et en même temps, il n'y aura pas de solidarité, il y aura autant d'obligations diverses qu'il y a de créanciers divers; la diversité des personnes stipulant séparément exclut toute solidarité.

Il n'y aurait pas de solidarité non plus si les mêmes personnes stipulaient du même débiteur la même chose, mais dans un temps différent, la différence de temps entraînerait la diversité des obligations.

Enfin, il faut, dit l'article 1197, que le titre donne *expressément* à chacun des créanciers le droit de demander le total de la créance. Le mot *expressément* doit être entendu en ce sens que la loi n'admet pas de solidarité tacite, il faut une déclaration de volonté faite en termes exprès; il n'y a point de termes sacramentels, mais il faut des termes qui ne laissent aucun doute sur l'intention des parties contractantes. Cela résulte de la nature même de la solidarité. C'est une exception au droit commun, et toute exception doit être formellement stipulée. En cas de solidarité, il y a une raison de plus pour interpréter les conventions restrictivement, c'est que la solidarité entre créanciers est si rare que l'on n'en cite aucun exemple en matière civile; on ne la rencontre que dans les obligations commerciales. On doit donc admettre difficilement que les créanciers aient stipulé solidairement.

256. C'est d'après ces principes qu'il faut décider la

(1) Duranton, t. XI, p. 178, nos 163, 164.

question de savoir si dans les contrats synallagmatiques la stipulation de solidarité s'applique aux droits aussi bien qu'aux obligations. Pierre et Paul vendent solidairement une chose qui leur appartient : les vendeurs sont tout ensemble débiteurs et créanciers; seront-ils créanciers solidaires ainsi que débiteurs solidaires? La question est controversée; on admet que les vendeurs sont débiteurs solidaires; mais seront-ils aussi créanciers solidaires? Sur ce point, il y a quelque doute. Il nous semble que le doute seul tranche la question. La loi veut que la solidarité soit expressément stipulée; quand il y a doute sur le point de savoir si la solidarité est expresse, il est certain qu'il ne peut plus être question de solidarité (1).

§ II. *Droits des cocréanciers solidaires.*

N° 1. PRINCIPE.

257. En droit romain, chaque créancier solidaire était considéré, dans ses rapports avec le débiteur, comme seul et unique créancier; il était donc maître de la créance et, par conséquent, il pouvait l'éteindre, non-seulement par le payement, mais aussi par tout autre mode légal. Quant aux rapports des créanciers entre eux, on n'admettait pas, sauf stipulation contraire, qu'ils fussent associés; de sorte que si l'un d'eux recevait le payement de toute la créance, il n'en devait pas compte aux autres créanciers, à moins que ceux-ci ne prouvassent qu'il y avait société entre eux quant à l'émolument de la créance (2).

Ce principe était-il suivi dans l'ancien droit français? On dit que l'ancien droit admettait la doctrine romaine, en ce sens du moins qu'il accordait à chacun des créanciers solidaires les mêmes droits envers le débiteur que s'il était seul créancier (3). Cela n'est pas tout à fait exact.

(1) Demolombe, t. XXVI, p. 104, n° 138. En sens contraire, Duranton, t. XI, p. 182, n° 169.
(2) Namur, *Institutes*, t. I, p. 294, n° 216.
(3) Demolombe, t. XXVI, p. 110, n° 143.

Il serait plus vrai de dire que l'ancien droit tendait à s'écarter de la rigueur romaine et à se rapprocher de la doctrine que le code a consacrée. Pothier ne pose pas en termes formels le principe romain; il s'explique seulement sur la question de savoir si chacun des créanciers peut faire remise de la dette, et il la décide d'après le principe des jurisconsultes romains : chacun des créanciers étant créancier pour le total peut faire remise de la dette, comme il peut l'éteindre en recevant le payement total. Domat est plus explicite. Il commence par dire que la solidarité entre plusieurs créanciers n'a pas cet effet que chacun d'eux puisse se rendre propre la dette entière et en priver les autres; *elle consiste seulement* en ce que chacun a le droit de demander et de recevoir le tout, et le débiteur demeure quitte envers tous en payant à un seul. C'est à peu près ce que dit l'article 1197 du code civil. Domat permet néanmoins à chaque créancier de faire novation, mais il finit par nier le principe romain, en disant que l'un des créanciers ne peut rien faire qui nuise aux autres (1) : c'est le principe moderne.

258. Il en est de cette innovation comme de beaucoup d'autres; elle n'est pas clairement marquée dans les textes ni dans les travaux préparatoires : le législateur ne procède pas par principes, mais par décisions spéciales. Ce qui préoccupe uniquement les auteurs du code, c'est de savoir si l'un des créanciers pourra faire remise de la dette. Il semble, dit Bigot-Préameneu, que chacun des créanciers pouvant exiger toute la dette, on en doive conclure qu'il a aussi le droit de faire la remise au débiteur. On dit pour cette opinion que la remise de la dette est au nombre des moyens de libération; que chacun des créanciers *paraît être*, relativement au débiteur, comme s'il était l'unique créancier. C'est la théorie romaine, dit l'orateur du gouvernement; il la rejette comme peu conforme à l'*équité*. Quel est donc le principe nouveau? Bigot-Préameneu répond : « On doit suivre l'intention présu-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 260. Domat, p. 234, section II, art. I, IV et VI.

mée des parties. Chaque créancier solidaire a droit d'*exécuter le contrat*. La remise de la dette est autre chose que l'exécution : c'est faire un contrat de bienfaisance d'un contrat intéressé; il ne peut être libéral que *de ce qui lui appartient*. » Les motifs de décider prouvent que le législateur procède d'un nouveau principe. Il n'admet pas que chaque créancier puisse disposer en maître de la créance, et s'il ne le peut pas, c'est qu'en réalité la créance ne lui *appartient pas*. Elle appartient donc à tous; c'est dire qu'ils sont associés pour le bénéfice de la créance; chacun d'eux a seulement le droit d'*exécuter le contrat*, c'est-à-dire ce qui est utile à tous. L'orateur du Tribunat s'exprime dans le même sens, mais d'une manière plus explicite. C'est aussi en examinant la question de la remise que Mouricault établit, en passant, un principe nouveau. « La solidarité, dit-il, ne s'établit véritablement entre les créanciers que pour autoriser chacun d'eux à faire au besoin l'affaire de tous *et pour les établir à cet effet mandataires réciproques*; il en faut conclure que la remise étant un acte *étranger à l'intérêt commun*, un acte de bienfaisance personnelle à celui qui le veut exercer, c'est un acte absolument hors de la mission de chacun (1).

Le principe nouveau est donc celui-ci : les créanciers solidaires sont *associés* pour le bénéfice de l'obligation; voilà pourquoi l'article 1197 dispose, contrairement au droit romain, que ce bénéfice se partage entre les créanciers. Comme associé, chacun d'eux doit agir dans l'*intérêt commun*, il a *mandat* de faire tout ce qui est avantageux à ses cocréanciers, mais il ne peut rien faire de ce qui pourrait leur être préjudiciable (2).

N° 2. CE QUE LES CRÉANCIERS PEUVENT FAIRE.

259. Chacun des créanciers, dit l'article 1197, a le droit de demander le total de la créance. » C'est là le but

(1) Exposé des motifs, n° 83 (Locré, t. VI, p. 161); Rapport de Favard, n° 68 (Locré, p. 198). Discours de Mouricault, n° 33 (Locré, p. 247).
(2) Colmet de Santerre, t. IV, p. 204, n°s 128 *bis* II et 129 *bis*. Aubry et Rau, t. IV, p. 16 et note 4, § 298 *bis*.

de la stipulation solidaire. Le droit d'exiger le payement total a pour corrélatif l'obligation pour le débiteur de payer le total. Cette obligation est-elle aussi un droit? L'article 1198 répond qu'il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires. Cela est en harmonie avec l'intention des parties contractantes; elles ont voulu assurer le payement intégral de la créance, ce but est atteint dès que le débiteur paye toute la dette à l'un des créanciers. Mais que faut-il décider si l'un des créanciers poursuit le débiteur? Celui-ci pourra-t-il encore payer à un autre créancier? L'article 1198 l'oblige à payer au créancier poursuivant. On a critiqué cette disposition comme tenant aux principes particuliers de la procédure romaine, et on a dit que les auteurs du code avaient eu tort de suivre la tradition en ce point (1). Il nous semble que la décision du code est très-rationnelle. C'est un droit du créancier de demander le total de la créance; donc dès que l'un des créanciers poursuit le débiteur, c'est une obligation pour celui-ci de payer entre ses mains. Vainement objecte-t-on que le créancier poursuivant n'a pas d'intérêt à ce que le payement soit fait entre ses mains plutôt qu'à un autre créancier. Le créancier peut répondre par le vieil adage : *Mieux vaut tenir que courir*. S'il reçoit le tout, il peut retenir ce qui lui revient dans la créance, tandis qu'il devrait demander sa part à son cocréancier qui toucherait la créance intégrale.

Il faut donc rejeter sans hésiter l'opinion émise par de bons auteurs qui enseignent que si, après l'action intentée par l'un des créanciers solidaires, un autre se présentait au débiteur, porteur du titre constitutif de l'obligation, le payement fait entre ses mains libérerait le débiteur à l'égard des autres créanciers (2). Cela est en opposition formelle avec l'article 1197, et il n'appartient pas aux tribunaux de déroger à la loi, c'est-à-dire de la modifier (3).

(1) Massé, *Droit commercial*, t. III, p. 437, n° 1922. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 350, note 3.
(2) Mourlon, t. II, p. 559. Colmet de Santerre, t. V, p. 204, n° 129 *bis*. Demolombe, t. XXVI, p. 121, n° 159.
(3) Massé, *Droit commercial*, t. III, p. 438, n° 1922

260. Le débiteur peut-il opposer l'exception de division au créancier qui le poursuit? Voilà une question que l'on s'étonne de voir discutée, et l'on s'étonne encore davantage de la voir décidée affirmativement. L'article 1197 dit que ce qui caractérise l'obligation solidaire entre créanciers, c'est que chacun d'eux a le droit de demander le payement du total de la créance, et le droit du créancier a pour conséquence l'obligation du débiteur de payer toute la dette. Cependant Rodière et à sa suite Larombière enseignent que, même après la poursuite d'un créancier, le débiteur peut payer à un autre créancier sa part dans la créance, à moins que le créancier poursuivant ne prouve que la créance lui appartient en entier (1). S'il peut diviser le payement alors qu'il est poursuivi, à plus forte raison le pourrait-il s'il n'y avait aucune poursuite. Que devient alors la solidarité? Qui dit solidarité dit que le payement ne peut pas être divisé; c'est donc une vraie hérésie que de prétendre que, n'importe dans quelle circonstance, le débiteur ait le droit de faire un payement partiel. Vainement dit-on que la créance se divisant entre les créanciers, le débiteur peut leur payer à chacun ce qui leur revient dans la créance. Ce qui se passe entre les créanciers ne regarde pas le débiteur; il est tenu au total, ce qui exclut toute division.

261. Que faut-il décider des héritiers des parties contractantes? Les héritiers succèdent aux droits et aux obligations de leur auteur, mais les dettes et les créances se divisent, et la solidarité n'empêche pas l'obligation d'être divisible. Si donc le créancier meurt laissant un seul héritier, celui-ci aura le même droit que le défunt; s'il y a plusieurs héritiers, la créance se divisera entre eux et chacun ne pourra demander le payement que pour sa part héréditaire (2).

262. La loi ne dit pas que la demande formée par l'un des créanciers fait courir les intérêts à l'égard de tous,

(1) Rodière, p. 26, n° 15. Larombière, t. II, p. 567, n° 6 de l'article 1197 (Ed. B., t. II, p. 23). En sens contraire, Demolombe, t. XXVI, p. 126, n° 166.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 16, note 5, § 298 *bis*, et les auteurs qui y sont cités.

mais cela est admis par tout le monde. C'est une conséquence des principes qui régissent les intérêts et les obligations solidaires. Les intérêts sont dus du jour de la *demande* (art. 1153); donc la créance, telle qu'elle est demandée, produira intérêt à partir de ce jour; or, le créancier solidaire a le droit de demander le total de la créance, donc toute la créance produira intérêt. Cela est aussi en harmonie avec les principes de la solidarité. Les créanciers solidaires se donnent mandat de faire tout ce qui est utile à tous, ce qui comprend nécessairement la demande et les conséquences qui en résultent (1).

263. « Tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires profite aux autres créanciers » (art. 1199). Les créanciers solidaires se donnent réciproquement mandat de faire tout ce qui est utile à tous; or, il importe avant tout d'empêcher la prescription afin de conserver la créance. Donc ils doivent avoir le droit de faire les actes qui l'interrompent; au titre de la *Prescription,* nous dirons quels sont ces actes.

Si l'un des créanciers meurt laissant plusieurs héritiers, la créance se divise entre eux; de là suit que chacun des héritiers ne peut demander que sa part héréditaire dans la créance (n° 261), donc il ne peut interrompre la prescription que pour cette part. Dans ce cas, la prescription ne sera pas interrompue à l'égard des autres héritiers, et elle ne le sera au profit des autres cocréanciers que pour la part de l'héritier dans la créance. Le code le dit pour la solidarité entre codébiteurs (art. 2249); il y a même raison de le décider pour les cocréanciers solidaires : c'est l'application du principe en vertu duquel la solidarité ne rend pas la dette ou la créance indivisible, et dès qu'il y a division, l'interruption de la prescription ne peut plus se faire que pour la part divisée de chaque héritier dans la dette ou dans la créance (2).

264. La prescription est suspendue au profit de l'un des créanciers solidaires par suite de sa minorité : les autres

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 210, n° 131 *bis* I.
(2) Duranton, t. XI, p. 199, n° 180, et tous les auteurs.

créanciers pourront-ils se prévaloir de la suspension? Cette question est très-controversée. Nous croyons qu'elle est décidée négativement par le texte du code civil. Aux termes de l'article 2251, « la prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi. » Il n'y a d'exception qu'en vertu d'un texte formel; il faut donc voir s'il y a un texte qui suspend la prescription au profit de tous les créanciers solidaires quand elle est suspendue à l'égard de l'un d'eux qui est mineur. Le silence du code décide la question. En traitant de l'indivisibilité, nous dirons que le mineur relève le majeur lorsqu'il s'agit d'obligations indivisibles; le droit n'étant pas susceptible de division, il en résulte qu'il ne peut pas être conservé pour partie. Il n'en est pas de même des obligations solidaires, elles restent divisibles; par conséquent, elles peuvent se conserver et se perdre pour partie; si donc l'un des créanciers est mineur, son droit est conservé, tandis que le droit des créanciers majeurs se perd. La conséquence en est que la créance est éteinte à l'égard de tous, sauf la part du mineur (1).

Pour l'opinion contraire, on invoque l'analogie : si l'interruption de la prescription profite à tous les créanciers, dit-on, il en doit être de même de la suspension, parce qu'il y a même motif de décider (2). Nous avons répondu d'avance à cet argument; il y a un texte pour l'interruption, tandis que la loi ne permet pas d'étendre la suspension aux personnes qui ne jouissent pas de ce bénéfice en vertu d'une disposition expresse. Il y a d'ailleurs une raison de cette différence : les créanciers solidaires se donnent mandat de demander le payement de la créance; or, en le demandant, ils interrompent la prescription de toute la créance, puisqu'ils ont le droit de réclamer le payement de la créance entière. On ne peut pas dire cela de la suspension, qui est fondée sur une cause toute personnelle à celui au profit duquel la prescription est suspendue : les effets d'une cause personnelle ne sauraient s'étendre à des

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 18, note 11, § 298 *bis*, et les auteurs qu'ils citent.
(2) Duranton, t. XI, p. 198, n° 180.

personnes à qui cette cause est étrangère; si, dans les obligations indivisibles, le mineur relève le majeur, c'est à raison de l'indivisibilité; dès que le droit se divise, comme cela se fait dans les obligations solidaires, il n'y a plus aucune raison pour que le mineur relève le majeur. On insiste et l'on dit que la *suspension* n'est autre chose qu'une *interruption* que la loi fait elle-même de plein droit et à tout moment en faveur du créancier mineur, de sorte que l'article 1199, dans son texte bien interprété, s'applique à la suspension par cela seul qu'il parle de l'interruption (1). Cela n'est pas sérieux; et si nous citons l'argument, c'est pour montrer jusqu'où certains auteurs poussent l'abus de l'analogie. Jamais un jurisconsulte n'a identifié la suspension de la prescription et l'interruption. Au titre de la *Prescription*, nous dirons quelles sont les différences considérables qui les séparent. Pour le moment, il suffit de remarquer que le principe de la solidarité justifie parfaitement la disposition qui étend à tous les créanciers le bénéfice de l'interruption. Les créanciers se donnent mandat d'interrompre la prescription : donnent-ils aussi mandat à l'un d'eux de conserver la créance par sa minorité? Cela n'a pas de sens; c'est cependant à cela qu'aboutit la doctrine qui identifie la suspension et l'interruption de la prescription. On a répondu à ce singulier argument, et d'une manière péremptoire, en disant que les mandants doivent profiter de l'interruption qu'ils donnent mandat de faire; mais un mandant n'a pas le droit d'invoquer des causes de suspension toutes personnelles qui ne sont établies qu'en faveur du mandataire (2).

On puise une objection dans les effets que produit la suspension de la prescription. Puisque la prescription ne court pas contre le mineur, il conserve son droit tel qu'il l'avait en vertu de son contrat; or, la solidarité lui donne le droit de demander le payement du total de la créance (art. 1197); si le créancier mineur peut réclamer le payement de la créance, n'est-ce pas dire que cette demande

(1) Demolombe, t. XXVI, p. 132, n° 171.
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 211, n° 131 *bis* II.

profitera nécessairement à ses cocréanciers? On oublie qu'il s'agit d'un droit divisible, et que, par suite, les créanciers qui n'ont pas agi ont perdu leur part dans la créance; leur droit étant éteint, on ne peut plus dire qu'ils donnent mandat au créancier mineur de demander leur part, ils n'ont plus de part; le créancier mineur n'étant plus mandataire ne peut agir que pour la part que la suspension de la prescription lui a conservée. Cela nous paraît décisif.

Enfin, on invoque en faveur des créanciers le principe de la solidarité, mais on l'invoque en le faussant. M. Larombière nie la théorie du mandat; d'après lui, tous les créanciers ensemble sont réputés n'être qu'un seul et unique créancier d'une seule et unique dette (1). Ainsi chaque créancier solidaire serait considéré comme seul et unique créancier! C'est le principe romain; or, les auteurs du code ont rejeté ce principe et ils l'ont remplacé par celui d'une société existant entre les créanciers; d'où suit que chacun est non pas créancier unique, mais mandataire de ses cocréanciers. Nous croyons inutile d'insister sur une objection qui renverse la théorie du code.

N° 3. CE QUE LES CRÉANCIERS NE PEUVENT PAS FAIRE.

265. D'après l'article 1198, l'un des créanciers ne peut pas faire remise de toute la dette. Nous avons dit plus haut (n° 258) les motifs que les orateurs du gouvernement et du Tribunat ont donnés pour justifier cette dérogation au droit romain : ce n'est rien moins qu'un nouveau principe. Les créanciers étant associés dans un intérêt commun, ils se donnent tous mandat de demander le payement et de faire ce qui est profitable à tous; mais ils ne sont pas maîtres de la créance, ils n'y ont chacun qu'une part, ils ne peuvent donc disposer que de cette part. L'article 1198 applique ce principe à la remise; on suppose que la remise est gratuite; les créanciers qui stipulent la solidarité dans leur intérêt n'entendent certes pas que l'un

(1) Larombière, t. II, p. 577, n° 3 de l'article 1199 (Ed. B., t. II, p. 33).

d'eux dispose de la créance à titre gratuit; libre à chacun de le faire pour sa part dans la créance. La remise n'est donc pas nulle, le débiteur est libéré pour la part du créancier qui lui a fait la remise; c'est une extinction partielle de la dette; les autres créanciers n'en peuvent plus demander le payement total, ils doivent déduire la part de celui qui a fait la remise.

266. « Le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier » (art. 1365, deuxième alinéa). Cette disposition est une conséquence du nouveau principe que l'article 1198 a consacré implicitement. Chacun des créanciers ne peut faire que ce qui est utile à tous; il ne peut donc disposer de la créance ni directement ni indirectement. Or, c'est en disposer indirectement que de déférer le serment décisoire au débiteur. En effet, la délation du serment implique une transaction en vertu de laquelle le créancier consent à tenir le débiteur quitte de ce qu'il doit s'il prête le serment qu'il ne doit rien; c'est donc une remise transactionnelle, une renonciation au droit réclamé contre le débiteur. Libre au créancier de renoncer au droit qui lui appartient, mais il ne peut pas renoncer au droit de ses cocréanciers. D'ailleurs la délation du serment suppose que le créancier a confiance dans la probité du débiteur, et cette confiance est un sentiment tout personnel; le mandat que les créanciers solidaires se donnent ne signifie pas que l'un d'eux puisse perdre la créance en déférant imprudemment le serment au débiteur. Celui-ci ne sera donc libéré que pour la part du créancier demandeur dans la dette (1).

267. Telles sont les seules dispositions qui révèlent le nouveau principe en l'appliquant. Est-ce à dire que le principe ne reçoive d'application qu'à la remise de la dette et à la délation du serment? Non, certes. Quand le législateur rejette un principe de l'ancien droit et le remplace par un principe contraire, la nouvelle règle doit, comme tout principe, s'appliquer dans tous les cas où il n'y est

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 206, n° 130 *bis* II.

pas fait exception. Il serait illogique au suprême degré de maintenir l'ancien principe pour les cas non spécialement prévus ; il résulterait de la coexistence de deux principes contraires des conséquences contradictoires, sans que ces différences eussent aucune raison d'être. Cela ne fait aucun doute; mais la difficulté est de déterminer les cas auxquels le principe doit recevoir son application. Nous allons les parcourir.

268. La compensation est un des plus douteux. Si l'un des créanciers solidaires devient débiteur du débiteur, la créance sera-t-elle éteinte pour le tout ou du moins pour la part que le créancier devenu débiteur a dans la créance? A notre avis, la compensation n'a pas lieu pour le tout. Il est vrai que la compensation est un payement et qu'elle est régie par les principes du payement; on en conclut que le débiteur ayant le choix de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux, il peut payer, par voie de compensation, celui des créanciers dont il est devenu créancier. Pour mieux dire, la compensation a lieu de plein droit, par la seule force de la loi (art. 1290); donc dès l'instant où le débiteur devient créancier de l'un des créanciers solidaires, la dette s'éteint. Voilà le motif de douter. Cela suppose que les conditions requises pour la compensation existent; or, la première de toutes fait défaut; le débiteur d'une créance solidaire de 12,000 francs qui devient créancier d'une somme égale de l'un des trois créanciers solidaires est bien créancier de 12,000 francs, mais le créancier solidaire auquel il oppose la compensation n'est pas créancier d'une somme de 12,000 francs, il n'est créancier que du tiers, c'est-à-dire de 4,000 francs; la compensation s'opérera donc pour un tiers, mais elle ne s'opérera pas pour les deux autres tiers qui appartiennent aux autres créanciers. En effet, les créanciers solidaires ne sont pas chacun créancier de toute la créance, chacun d'eux est mandataire de ses cocréanciers pour toucher toute la créance, mais il n'est propriétaire que pour sa part. Or, pour compenser une créance, il faut être propriétaire de la créance; le débiteur devenu créan-

cier de 12,000 francs ne peut opposer au créancier solidaire la compensation pour la créance solidaire de 12,000 fr., puisque dans cette créance le créancier solidaire n'a qu'un tiers ; le compensation ne peut donc se faire que pour ce tiers (1).

L'opinion contraire est plus généralement suivie. Ce qui a compromis la doctrine que nous défendons, c'est qu'on l'a soutenue par de mauvaises raisons. Nous n'invoquons pas l'article 1294, aux termes duquel « le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son débiteur. » On a eu tort de se prévaloir de cette disposition ; nous dirons, en traitant de la compensation, que l'article 1294 est une dérogation aux vrais principes, dérogation qu'il est très-difficile d'expliquer ; c'est donc une exception qu'il faut restreindre dans les termes précis de la loi, loin de l'étendre à la solidarité entre créanciers. Cela prouve que l'on doit se garder d'alléguer des raisons au moins douteuses à l'appui d'une cause qui peut s'en passer et qui, en tout cas, n'en reçoit aucune force.

On fait contre notre opinion une objection très-spécieuse : le débiteur a le droit de payer toute la dette à celui des créanciers qu'il veut choisir ; or, compenser c'est payer ; pourquoi exiger que le débiteur commence par remettre au créancier solidaire d'une dette de 12,000 francs cette somme en espèces, alors qu'il peut le forcer à la lui rendre immédiatement, puisqu'il est devenu son créancier pour une somme identique ? A quoi bon ces traditions inutiles ? N'est-ce pas pour les éviter que le législateur a établi la compensation ? Nous répondons que l'objection ne tient aucun compte de la nature particulière de l'obligation solidaire. Pourquoi le créancier solidaire peut-il demander le total de la créance et pourquoi le débiteur peut-il payer, à son choix, à l'un des créanciers ? Parce que le payement fait à l'un profite à tous. Cela suppose un payement réel d'espèces ou de va-

(1) Massé, *Droit commercial*, t. III, p. 442, n° 1931. Delvincourt, t. II, p. 500. Marcadé, t. IV, p. 467, n° I de l'article 1198. Comparez Duranton, t. XI, p. 195, n° 178.

leurs qui restent au créancier auquel elles sont remises. Donc cela exclut la compensation. En effet, la compensation n'offre pas à tous les créanciers l'avantage que leur procure le payement. Le créancier dans la personne duquel la compensation se fait peut être insolvable; dans ce cas, l'extinction de la créance par voie de compensation fera périr les droits des cocréanciers; tandis qu'en cas de payement réel ils peuvent prendre des mesures conservatoires, opérer immédiatement des saisies. C'est donc le cas d'appliquer le principe nouveau; la compensation ne peut pas être opposée à l'un des créanciers pour éteindre toute la dette, parce qu'elle nuirait aux autres créanciers; or, la solidarité ne doit et ne peut produire que des effets avantageux à tous les créanciers. Cela est décisif (1).

269. L'un des créanciers fait novation avec le débiteur en changeant la chose due, ou la personne du débiteur; la novation éteindra-t-elle la dette à l'égard des autres créanciers? Sur ce point, il n'y a aucun doute. La novation implique une renonciation; celui qui nove doit donc avoir le droit de disposer de la créance que la novation éteint. Or, le créancier solidaire ne peut disposer de la créance que pour sa part, donc il ne peut nover que pour sa part. Les autres créanciers conserveront, par conséquent, leur droit, déduction faite de la part du cocréancier qui a consenti à la novation (2).

Cela s'applique aussi à la transaction. L'article 2045 dit que « pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. » Les cocréanciers n'ont le pouvoir de disposer que pour leur part, donc ils ne peuvent transiger que pour leur part. Cette doctrine est aussi fondée en raison. La solidarité est stipulée pour faciliter le recouvrement de la créance et en assurer la conservation. On ne peut donc pas supposer que les créanciers se donnent mandat de transiger, c'est-

(1) En sens contraire, Colmet de Santerre, t. V, p. 208, n° 130 *bis* IV. Larombière, t. II, p. 568, n° 8 de l'article 1198 (Éd. B., t. II, p. 30). Demolombe, t. XXVI, p. 156, n° 193.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 17, note 9, et les auteurs qu'ils citent.

à-dire de faire l'abandon d'une partie de leurs droits (1).

Autre est la question de savoir si les cocréanciers peuvent se prévaloir de la novation et de la transaction en supposant qu'elle leur soit favorable. La question est controversée, et il y a quelque doute. A première vue, on pourrait croire que c'est le cas d'appliquer le principe de la solidarité et du mandat qu'elle implique. Les créanciers se donnent mandat de faire tout ce qui est avantageux à tous : n'en faut-il pas conclure que ce mandat comprend les actes de disposition, en tant qu'ils profitent aux créanciers? En réalité, cette opinion est contraire à l'essence même de la solidarité. Les cocréanciers ne sont pas propriétaires; ils ne peuvent donc pas se donner le pouvoir de disposer de toute la créance; ce serait transformer, sous le nom de mandat, des propriétaires partiels en propriétaires absolus; ce serait donc changer la nature même du droit solidaire. Sans doute, des propriétaires peuvent donner mandat de disposer, d'aliéner, mais ils ne le peuvent que dans les limites de leur droit et il faut pour cela un mandat exprès (art. 1988). Donc la seule stipulation de solidarité ne suffit point; le mandat qu'elle donne aux cocréanciers n'étant que tacite, on ne peut pas en induire que le mandataire ait le droit de disposer de la part de ses cocréanciers; il ne peut disposer que de la sienne. Lors donc que l'un des créanciers nove ou transige, il fait un acte nul, à l'égard de ses cocréanciers; ceux-ci ne peuvent donc pas s'en prévaloir (2).

270. L'un des créanciers solidaires devient héritier unique du débiteur ou le débiteur devient héritier d'un des créanciers. Il s'opère une confusion dans la personne de l'héritier des qualités de créancier et de débiteur; quel est l'effet de cette confusion? Il n'y a pas de doute que la créance ne soit éteinte pour la part du créancier dans l'obligation. Mais ne faut-il pas aller plus loin et dire que la créance est éteinte pour le tout comme elle le serait par

(1) Demolombe, t. XXVI, p. 143, n° 184.

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 207, n° 130 *bis* III. Demolombe, t. XXVI, p. 146, n° 187. En sens contraire, Aubry et Rau, t. IV, p. 17, note 8, § 298 *bis*, et les auteurs qu'ils citent.

le payement, sauf aux autres créanciers à exercer leur recours contre leur créancier? La question est controversée.

Nous n'hésitons pas à décider que la confusion n'entraîne qu'une extinction partielle de la dette. La raison en est que la confusion n'éteint réellement pas la dette; elle met seulement le créancier dans l'impossibilité d'agir; cette impossibilité existe, dans l'espèce, à l'égard du créancier devenu héritier du débiteur; il ne peut se poursuivre soi-même, mais il n'y a aucune impossibilité à ce que les autres créanciers agissent contre lui, en qualité de débiteur et en vertu de leur créance, avec toutes les garanties que cette créance leur donne. Vainement le débiteur dirait-il qu'il est aussi créancier et créancier du total, et que, par suite, il n'est plus débiteur; on lui répondrait qu'il n'est pas exact de dire qu'il est créancier du total de la dette, il est mandataire pour demander le payement de la dette et la conserver, il n'est pas mandataire pour l'éteindre quand l'extinction pourrait nuire à ses créanciers; or, elle pourrait leur nuire en les privant des garanties attachées à leur créance (1).

271. Le débiteur obtient un jugement contre l'un des créanciers solidaires. Peut-il opposer ce jugement aux autres créanciers pour leurs parts dans la créance? La question est très-controversée. A notre avis, elle doit être décidée négativement et sans doute aucun. Le jugement équivaut à un acte de disposition; voilà pourquoi ceux qui n'ont pas la faculté de disposer n'ont pas, en général, le droit d'agir en justice. Or, les créanciers solidaires n'ont pas le pouvoir de disposer de la créance, ce qui est décisif. On objecte que la loi leur reconnaît implicitement le droit de poursuivre le débiteur en justice en leur donnant le droit de demander le payement de la créance; si le débiteur ne paye pas, il faut bien, dit-on, que le créancier ait le droit de le poursuivre (2). Nous répondons que c'est confondre deux actes d'une nature essentielle-

(1) Demolombe, t. XXVI, p. 160, n° 195, et les auteurs qu'il cite. En sens contraire, Colmet de Santerre, t. V, p. 209, n° 130 *bis* V.

(2) Demolombe, t XXVI, p. 150, n° 191, et les auteurs qu'il cite.

ment différente. Demander le payement est un acte d'administration; agir en justice est un acte de disposition. Au point de vue de la solidarité surtout, le droit de demander le payement n'implique pas le droit de représenter les cocréanciers en justice. Les créanciers se donnent un mandat limité par l'intérêt commun; or, si l'intérêt commun exige que chaque créancier puisse recevoir la totalité de la dette, ils n'ont certes pas intérêt à ce que, sur le refus du débiteur, on le poursuive en justice. C'est à eux de juger ce qu'il leur importe de faire, plaider, transiger ou renoncer plutôt à un droit douteux que de s'exposer aux frais et aux embarras d'un procès. Nous croyons inutile d'insister, parce que le principe de la solidarité décide la question (1).

§ III. *Obligations des créanciers.*

272. Le nouveau principe que le code a établi quant aux droits des créanciers contre le débiteur repose sur la présomption que les créanciers sont associés pour le bénéfice de la créance. De là suit que ce bénéfice se partage entre eux. Celui des créanciers qui a touché le montant intégral de la créance est donc obligé de faire part à ses cocréanciers de ce qu'il a reçu, et, sauf dérogation, chaque créancier a une portion virile dans le montant de la créance. Le code ne pose pas ce principe en termes formels, mais il résulte de l'innovation que consacrent les articles 1198 et 1365, ainsi que des travaux préparatoires (n° 258).

On a cru que le texte de l'article 1197 établissait un autre principe. Après avoir dit que chaque créancier solidaire a le droit de demander le payement du total de la créance et que le payement fait à l'un libère le débiteur, la loi ajoute : « Encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers. » Cela veut-il dire qu'il faut une convention pour que le bénéfice soit partageable? Non, car l'article ne parle pas

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 17, note 11, et les auteurs qu'il cite.

d'une convention : il suppose, au contraire, que le bénéfice est divisible de plein droit, sauf convention contraire. Cela est aujourd'hui admis par tout le monde, l'esprit de la loi ne laisse aucun doute (1).

ARTICLE II. De la solidarité entre codébiteurs.

§ Ier. *Notions générales.*

N° I. DÉFINITIONS ET CARACTÈRES.

273. En général, il n'y a qu'un débiteur dans une obligation, comme il n'y a qu'un créancier. Cependant l'article 1101 suppose qu'il peut y avoir plusieurs débiteurs, comme il peut y avoir plusieurs créanciers. Cela arrive rarement en vertu du contrat, mais cela arrive tous les jours lorsque le débiteur vient à mourir laissant plusieurs héritiers; dans ce cas, les héritiers succèdent, à la vérité, aux obligations du défunt; mais ils ne sont tenus de payer que pour leur part héréditaire (art. 1220). Ce que l'article 1220 dit des héritiers s'applique aussi au cas où il y aurait plusieurs débiteurs dès le principe : la dette se divise entre eux, parce que chacun n'est censé promettre que dans la mesure de son intérêt; quand plusieurs personnes s'engagent, l'intérêt qu'elles ont à l'obligation étant le même, sauf convention contraire, il en résulte que chacun n'est obligé que pour sa part et portion virile.

274. Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs, la dette se divise entre eux, de sorte qu'il y a autant de dettes distinctes que de débiteurs. Ce principe conduit à des conséquences analogues à celles qui découlent de la division des créances. Chaque débiteur n'est tenu que de payer sa part dans la dette. Celui qui payerait au delà de la part virile dont il est tenu, paye la dette d'un tiers, il paye donc ce qu'il ne doit pas, d'où suit qu'il peut répéter ce qu'il a payé indûment; mais il n'est pas subrogé aux

(1) Duranton (qui avait d'abord enseigné le contraire), t. XI, p. 184, nos 171 et 172, et tous les auteurs.

droits du créancier, parce qu'il n'était pas tenu avec d'autres ni pour d'autres; l'article 1251, n° 3, est donc inapplicable. Si l'un des débiteurs est insolvable, c'est le créancier qui supporte la perte résultant de l'insolvabilité; les débiteurs n'en sont pas tenus, parce que chacun ne doit que sa part dans la dette.

La dette contractée par plusieurs débiteurs, quoique conjointe, n'étant pas commune aux débiteurs, il en résulte que le créancier a autant de créances distinctes qu'il y a de débiteurs; donc il a autant de droits à conserver qu'il a de créances. Veut-il mettre tous les débiteurs en demeure, il doit les interpeller tous; la sommation qu'il ferait à l'un n'aurait aucun effet à l'égard de l'autre, les débiteurs étant tiers entre eux. De même, s'il veut interrompre la prescription à l'égard de tous, il faut qu'il fasse des actes interruptifs à l'égard de tous; l'acte qui interromprait la prescription à l'égard de l'un n'aurait aucun effet à l'égard des autres, ce serait à leur égard *res inter alios acta*. Enfin, si une peine avait été stipulée pour assurer l'exécution de l'obligation, la peine ne serait encourue que par celui des débiteurs qui contreviendrait à l'obligation et pour la part seulement dont il est tenu dans la dette; le créancier n'aurait aucune action contre ceux qui remplissent leurs engagements (art. 1233) (1).

275. Ces principes reçoivent exception quand il y a solidarité de la part des débiteurs, c'est-à-dire « lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité et que le payement fait par un seul libère les autres envers le créancier » (article 1200). Cette définition a été critiquée. Une obligation n'est pas solidaire par cela seul que chaque débiteur peut être contraint au payement du total. Nous dirons plus loin que cet effet est aussi attaché aux obligations indivisibles (art. 1222); il y a même des dettes divisibles et non solidaires qui peuvent être poursuivies pour le tout contre l'un des héritiers du débiteur (art. 1221) (2). Les

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 14, § 298 *bis*.
(2) Marcadé, t. IV, p. 469, n° 11 de l'article 1200. Aubry et Rau, t. IV, p. 19, note 1, § 298 *ter*.

auteurs du code ont emprunté à Pothier, la disposition de l'article 1200 mais ils ne l'ont pas reproduite en entier. Pothier commence par dire que l'obligation solidaire est *contractée* par chacun pour le total, ce qui marque bien la différence entre l'obligation solidaire et l'obligation indivisible; si, dans celle-ci, le débiteur peut être poursuivi pour le tout, ce n'est pas qu'il s'y soit engagé en contractant, c'est parce que la chose n'est pas susceptible de division. Puis Pothier ajoute cette explication, que les auteurs du code ont négligée : « Pour qu'une obligation soit solidaire, il ne suffit pas toujours que chacun des débiteurs soit débiteur de toute la chose (ce qui arrive à l'égard de l'obligation indivisible et non susceptible de parties, quoiqu'elle n'ait pas été contractée solidairement), il faut que chacun des débiteurs doive *totum et totaliter*, c'est-à-dire que chacun se soit *obligé* aussi totalement à la prestation de la chose que s'il eût seul *contracté* l'obligation » (1).

275. La définition de Pothier est encore incomplète, parce qu'elle suppose que la solidarité ne peut résulter que d'un contrat; elle peut aussi exister de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi (art. 1202). Elle peut encore être testamentaire. Pothier en donne un exemple; bien que le code ne parle pas de cette solidarité, il est certain que le testateur a le droit de l'établir en l'imposant à ses héritiers ou autres successeurs, codébiteurs d'un legs. Le testateur dispose comme il l'entend dès qu'il n'y a pas de réservataires, et en respectant la réserve, il peut léguer son disponible sous telles conditions qu'il veut; il peut mettre un legs à la charge exclusive d'un des héritiers; à plus forte raison peut-il établir la solidarité entre plusieurs débiteurs du même legs, car c'est une charge moindre d'être débiteur solidaire que d'être débiteur unique (2). Nous laissons de côté la solidarité testamentaire; tout y dépend de la volonté du testateur.

(1) Pothier, *Des obligations*, n°s 261 et 262.
(2) Colmet de Santerre, t. IV, p. 214, n° 135 *bis* I. Pothier, *Des obligations*, n° 269.

N° 2. DE LA SOLIDARITÉ CONVENTIONNELLE.

277. Pour qu'il y ait solidarité, il faut que les débiteurs solidaires se soient obligés à la même chose, dans le même temps et par le même acte, avec cette intention que chacun d'eux soit tenu aussi totalement que s'il était seul et unique débiteur (1). Ce sont les mêmes conditions que celles que la doctrine exige pour la solidarité à l'égard des créanciers. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 255).

278. Le code dit que les codébiteurs solidaires doivent être obligés à une même chose (art. 1200). Pothier y insiste : « Il faut *surtout*, dit-il, que les débiteurs se soient obligés à la prestation de la même chose. Si deux personnes s'obligeaient envers une autre à différentes choses, ce ne serait pas une obligation solidaire, ce seraient deux obligations. »

279. Nous avons dit que les codébiteurs doivent s'obliger en même temps et par le même acte. Le code ne le dit pas. Si la doctrine exige cette condition pour qu'il y ait solidarité, c'est que généralement la différence de temps et d'actes entraîne des obligations différentes. Est-ce à dire que la solidarité ne puisse pas résulter de deux actes différents, passés successivement? Cela se peut, pourvu qu'il y ait entre les deux actes une relation telle, qu'ils n'en forment qu'un seul. En effet, la solidarité établit un lien entre les codébiteurs; ils se donnent mandat réciproque de conserver la dette et de la payer; il faut donc qu'il y ait concours de consentement et pour cela il faut unité d'acte et de temps. Si Pierre s'oblige envers moi solidairement avec Paul, sans que Paul figure au contrat, et si ensuite Paul déclare s'obliger envers moi solidairement avec Pierre, il y a concours de volontés, donc solidarité; en réalité, les deux actes n'en font qu'un seul; cela est si vrai, que la solidarité n'existera qu'à partir du second acte, puisque ce n'est qu'alors que le lien

(1) Toullier, t. III, 2, p. 445, n° 723.

solidaire entre Pierre et Paul est formé. Il ne suffirait donc pas que Pierre déclarât s'obliger solidairement envers moi et que Paul s'obligeât ensuite envers moi solidairement, parce qu'il n'y aurait pas concours de volontés entre Pierre et Paul, donc aucun lien solidaire. Il n'y a aucun doute sur ce point; si nous y insistons, c'est que Duranton s'est expliqué inexactement; ce qui, dit M. Demolombe, lui a valu une vive attaque de Marcadé, on pourrait presque dire une réprimande (1).

280. Il faut que les codébiteurs aient l'intention de s'obliger solidairement. Comment cette intention doit-elle se manifester? L'article 1202 répond: « La solidarité ne se présume point: il faut qu'elle soit *expressément* stipulée. » Pothier dit que la solidarité doit être *exprimée;* sinon, lorsque plusieurs ont contracté une obligation envers quelqu'un, ils sont présumés ne l'avoir contractée que pour leur part : la raison en est que l'interprétation des obligations se fait, dans le doute, en faveur des débiteurs (2). Ce n'est pas précisément là le vrai motif de décider. Quand plusieurs personnes s'engagent, sans exprimer l'intention que chacune s'oblige pour le total, on applique la règle d'après laquelle les dettes se divisent d'après le nombre des débiteurs; chacun d'eux ne contractant que dans la proportion de son intérêt, donc pour sa part virile. La division étant la règle, la solidarité, qui exclut la division, est une exception. Or, toute exception doit être stipulée en termes formels. Il va donc sans dire que la solidarité ne se présume jamais.

281. L'article 1202 veut que la solidarité soit *expressément* stipulée. Nous avons dit bien des fois que le mot *expressément* n'implique pas des termes sacramentels. Il n'est donc pas nécessaire que les parties se servent de l'expression de *solidaire* ou *solidarité;* elles peuvent employer des équivalents, mais au moins faut-il des équiva-

(1) Duranton, t. XI, p. 221, n° 188; Marcadé, t. IV, p. 469, n° II de l'article 1200. Colmet de Santerre, t. IV, p. 134 *bis* II. Demolombe, t. XXVI, p. 172, n° 206. Larombière, t. II, p. 581, n°s 5 et 6 de l'article 1200 (Ed. B., t. II, p. 35).
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 265.

lents, c'est-à-dire des termes qui expriment avec certitude la volonté des contractants. Ainsi, il y a solidarité, dit Toullier, lorsqu'il est dit que les débiteurs seront obligés *l'un pour l'autre, un seul pour le tout, chacun pour le tout*. Les expressions équivalentes ont un danger, c'est que les divers interprètes peuvent y attacher un sens différent. Toullier dit qu'il a été jugé, dans l'ancien droit, que lorsqu'il est dit que les débiteurs se sont obligés *conjointement*, ce terme équivaut à celui de *solidairement*. Les auteurs critiquent cette décision, et avec raison : une obligation peut être conjointe sans être solidaire (1).

Pour qu'il y ait expression équivalente, il faut qu'elle rende l'idée de solidarité. Deux fermiers s'engagent conjointement, avec renonciation à tout bénéfice de division et de discussion. Il a été jugé que cette clause équivaut à une promesse de solidarité; en effet, comme le dit la cour de Grenoble, la solidarité entre les débiteurs n'est, en réalité, autre chose qu'une renonciation au bénéfice de division et de discussion. Le texte même du code le dit ; d'après l'article 1203, le créancier d'une dette solidaire peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division. Pourvu que la renonciation à ce bénéfice soit expresse, il est satisfait à l'article 1202 (2).

282. L'application du principe ne soulève que des difficultés de fait; elles sont faciles à décider, si l'on s'en tient au principe tel que nous venons de le formuler. Deux copropriétaires d'une chose indivise la vendent conjointement : sont-ils soumis à la garantie solidaire? La négative est certaine, puisqu'il n'y a aucune stipulation de solidarité. Il y a un léger doute lorsqu'il y a plusieurs acheteurs et qu'ils se sont engagés solidairement envers les vendeurs. On demande si la solidarité des acheteurs n'entraîne pas, dans un contrat bilatéral, la solidarité des vendeurs? La négative nous paraît encore certaine;

(1) Toullier, t. III, 2, p. 445, nº 721. Comparez Demolombe, t. XXVI, p. 181, nº 223. Larombière, t. II, p. 590, nº 5 de l'article 1202 (Éd. B., t. II, p. 35). Aubry et Rau, t. IV, p. 22, note 12 du § 298 *ter*.

(2) Grenoble, 20 janvier 1830 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 3538, 1º).

on comprend très-bien que les acheteurs s'obligent solidairement à payer le prix, sans que les vendeurs soient tenus de la garantie solidaire; or, dès que l'une des clauses n'implique pas l'autre, il faut dire avec l'article 1202 : la solidarité n'existe pas, parce qu'elle n'a pas été expressément stipulée (1).

283. Les copropriétaires par indivis d'un immeuble traitent ensemble avec des ouvriers pour y faire des réparations : sont-ils tenus solidairement? Il nous semble que la négative est également certaine. Cependant il y a eu quelque hésitation dans la jurisprudence. La cour de cassation a très-bien jugé qu'il n'y avait, dans l'espèce, ni solidarité ni indivisibilité. L'obligation des propriétaires n'est pas solidaire en vertu du contrat, puisqu'ils ne se sont pas obligés solidairement; elle n'est pas de plein droit solidaire, puisque aucune loi n'établit cette solidarité; elle n'est pas indivisible, puisqu'il n'y a rien de plus divisible que l'obligation de payer une somme d'argent (2).

284. La jurisprudence n'est pas toujours restée fidèle à ces principes. Il y a des arrêts qui admettent qu'une obligation est solidaire par sa nature. Le code ignore cette prétendue solidarité; ce serait une solidarité tacite résultant de l'intention des parties contractantes; or, il ne peut y avoir de solidarité tacite, puisque la loi veut que la solidarité soit expressément stipulée. Deux propriétaires s'obligent, en vendant un immeuble, à rapporter, dans le délai de six mois, mainlevée des inscriptions qui grèvent le bien vendu; en retard de remplir cette obligation, ils sont poursuivis et condamnés solidairement. La cour de Paris dit que, dans l'espèce, la solidarité résultait nécessairement de la nature même des choses, parce que l'obligation de livrer un immeuble affranchi de toutes charges hypothécaires, contractée conjointement par deux

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 22, note 10, et les auteurs et arrêts qu'ils citent. Il faut ajouter Demolombe, t. XXVI, p. 184, nos 224-226. Même décision pour les coacheteurs. Rouen, 24 novembre 1849 (Dalloz, 1850, 2, 119).

(2) Cassation, 23 juin 1851 (Sirey, 1851, 1, 600). En sens contraire, Orléans, 3 avril 1852 (Sirey, 1852, 2, 202). Comparez Demolombe, t. XXVI, p. 183, no 227.

personnes est évidemment *indivisible* (1). Qu'elle soit indivisible, cela se peut; mais de ce qu'elle est indivisible s'ensuit-il qu'elle soit solidaire? C'est confondre deux ordres d'idées tout à fait distincts. Nous rencontrerons souvent cette confusion dans la jurisprudence; preuve combien les principes les plus élémentaires sont peu connus.

Un arrêt de la cour de Caen commence par établir qu'en droit il n'y a de solidarité que lorsqu'elle est stipulée. Puis elle ajoute qu'à défaut de stipulation on doit examiner s'il a dû être dans la commune intention des parties de s'obliger solidairement. Si la cour avait consulté le code civil, elle y aurait lu tout le contraire; l'article 1202, après avoir dit que la solidarité doit être expressément stipulée, ajoute : « Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi. » Il n'y a donc que deux espèces de solidarité, celle qui est expressément stipulée et celle qui est établie par la loi. La cour admet une troisième solidarité, celle qui doit être dans l'intention des parties contractantes. Cette prétendue solidarité n'est autre chose que la solidarité conventionnelle, et pour que celle-ci existe, l'intention ne suffit point, il faut de plus que l'intention soit expressément déclarée. Dans l'espèce, deux légataires distincts, mais ayant un intérêt commun, avaient défendu ensemble, en nom collectif, comme le dit l'arrêt, et s'étaient regardés comme obligés conjointement à l'exécution des volontés du défunt. Dans leurs interrogatoires, ils avaient fait des déclarations conformes et ils avaient pris devant la cour des conclusions en nom collectif (2). Eh! qu'importe? Cela ne prouvait qu'une chose, c'est que leurs intérêts étaient les mêmes; est-ce que la communauté d'intérêts suffit pour qu'il y ait solidarité? Telle n'est certes pas la théorie du code.

La cour de cassation s'est parfois laissé entraîner dans cette voie extralégale. Un père s'oblige envers un maître

(1) Paris, 16 juillet 1829 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1513, 2°).
(2) Caen, 12 mars 1827 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 456, 1°).

pour l'éducation de son fils; il est actionné et la mère est également mise en cause; le tribunal les condamne solidairement. Pourvoi pour violation de l'article 1202. La cour rejette le pourvoi par le motif que les père et mère s'étaient engagés ensemble et par suite d'une obligation qui leur était commune, puisqu'il s'agissait de l'éducation de leurs enfants(1). De ce que deux personnes ont la même obligation s'ensuit-il qu'ils sont débiteurs solidaires? Voilà encore une nouvelle espèce de solidarité que la loi ignore également et qu'il n'appartient certes pas au juge d'établir.

285. Le principe établi par l'article 1202 reçoit-il exception en matière commerciale? Il n'y a d'exceptions que celles que la loi consacre formellement. Quant à la règle qui exige que la solidarité soit expressément stipulée, elle est générale; elle résulte de l'essence même des obligations (n° 280). Il n'y a donc aucune raison d'en limiter l'application aux matières civiles. L'opinion contraire a été soutenue (2); il est inutile de la réfuter, car elle est en opposition avec le texte et avec l'esprit de la loi. Nous renvoyons le lecteur à une excellente dissertation de M. Massé (3).

286. L'article 1201 porte : « L'obligation peut être solidaire, quoique l'un des débiteurs soit obligé différemment de l'autre au payement de la même chose; par exemple, si l'un n'est obligé que conditionnellement, tandis que l'engagement de l'autre est pur et simple, ou si l'un a pris un terme qui n'est point accordé à l'autre. » On pourrait croire que ces modalités empêchent l'unité de la dette et que, par suite, elles sont en contradiction avec la nature de la solidarité. Pothier répond que l'obligation solidaire est une, à la vérité, par rapport à la chose qui en fait l'objet, mais qu'elle est composée d'autant de liens qu'il y a de personnes différentes qui l'ont contractée; et

(1) Rejet, 12 janvier 1820 (Dalloz, au mot *Obligations*), n° 1355, 1°) Dans le même sens, Nîmes, 15 mars 1852 (Dalloz, 1852, 2, 183).
(2) Entre autres par Rodière, p. 175 et suiv.
(3) Massé, *Droit commercial*, t. III, p. 411, n°s 1908-1916. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n°s 1358-1360.

ces personnes étant différentes entre elles, les liens qui les obligent sont autant de liens différents qui peuvent, par conséquent, avoir des modalités différentes (1). Quand il s'agit du terme ou de la condition, on peut à peine dire que l'obligation solidaire soit modifiée; le terme ne fait qu'ajourner l'exécution de l'obligation qui, du reste, conserve tous ses caractères et tous ses effets; tout ce qui en résulte, en cas de solidarité, c'est que le créancier ne peut pas poursuivre immédiatement celui des codébiteurs qui a stipulé le terme, tandis qu'il peut poursuivre les débiteurs purs et simples. Si l'un des débiteurs solidaires s'est obligé sous condition suspensive, il n'y a pas, à vrai dire, de modification. Quand la condition se réalise, l'obligation du débiteur conditionnel a existé dès le principe, et elle est considérée comme ayant toujours été pure et simple; que si la condition défaillit, l'obligation n'a jamais existé.

Le lien solidaire paraît plus relâché lorsque l'un des codébiteurs est incapable : c'est un mineur ou une femme mariée. Dans ce cas, l'incapable a une action en nullité; s'il fait annuler l'obligation qu'il a contractée, il n'aura jamais été débiteur. Il faut pour cela qu'il demande la nullité dans les dix ans; s'il ne la demande pas, l'obligation, quoique viciée, produira tous ses effets : la prescription de dix ans est une confirmation (2).

N° 3. DE LA SOLIDARITÉ LÉGALE.

287. La solidarité légale, dit l'article 1202, est celle qui a lieu de plein droit en vertu d'une disposition de la loi. Faut-il une disposition expresse? Nous sommes étonné de voir la question posée et plus étonné encore de la voir décidée négativement par d'excellents jurisconsultes (3). La solidarité n'est-elle pas de son essence une exception?

(1) Pothier. *Des obligations*, n° 263.

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 213, n° 134 *bis* I. Duranton, t. XI, p. 223, n° 189. Larombière, t. II, p 586, n° 3 de l'article 1201 (Ed. B., t. II, p. 37).

(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 22, note 13, § 298 *ter*. En sens contraire, Demolombe, t. XXVI, p. 192, n° 251.

et toute exception ne demande-t-elle pas une disposition formelle? On invoque la différence de rédaction entre le premier alinéa de l'article 1202 et le second. Le premier alinéa, qui parle de la solidarité conventionnelle, veut qu'elle soit expressément stipulée; tandis que le second alinéa admet la solidarité légale dans tous les cas où elle résulte d'une disposition de la loi, sans exiger que la disposition soit expresse. L'argument est d'une faiblesse extrême et nous y avons répondu d'avance. Toute solidarité est une exception, donc toute solidarité doit être expresse, et est par cela même de stricte interprétation. Il en est ainsi dans tous les cas où, par exception, un fait juridique a lieu de plein droit. Les intérêts ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit (art. 1153); ne faut-il pas une disposition expresse pour que l'intérêt soit légal? Ce que le code dit de la présomption légale s'applique aussi à la solidarité légale; il faut, dit l'article 1350, une loi *spéciale* pour qu'il y ait présomption *légale*. Il en est de même de l'hypothèque légale (art. 2117; loi hyp., art. 44). Conçoit-on qu'il y ait une hypothèque légale sans un texte qui l'établisse formellement? Il n'y a pas non plus de solidarité légale sans un texte exprès. Quant à la différence de rédaction entre le premier alinéa de l'article 1202 et le second, elle est insignifiante; ce qui le prouve, c'est qu'alors même que la loi n'aurait pas dit que la solidarité conventionnelle doit être expressément stipulée, on aurait dû néanmoins admettre ce principe, parce qu'il découle de la nature même de la solidarité; donc ce principe doit s'appliquer à toute solidarité, légale ou conventionnelle. Nous ne voyons pas une ombre de raison qui justifie la différence que l'on prétend établir entre la solidarité stipulée par les parties et la solidarité établie par la loi.

288. Il résulte de là que les cas de solidarité légale sont de stricte interprétation. Voici une application élémentaire de ce principe. L'article 2002 déclare solidaires de plein droit les mandants conjoints pour une affaire commune. Le gérant d'affaires qui gère les intérêts communs de plusieurs maîtres, aura-t-il une action solidaire

contre eux? Si l'on pouvait invoquer l'analogie en cette matière, il faudrait dire que les maîtres sont tenus solidairement de même que les mandants, car l'analogie est grande entre le mandat et la gestion d'affaires. Les obligations du gérant sont les mêmes que celles du mandataire (art. 1372). N'en pourrait-on pas induire qu'il a aussi les mêmes droits? Mais on n'étend pas les dispositions exceptionnelles, quand même il y aurait analogie. Il faut donc décider que le gérant n'a point d'action solidaire contre les maîtres (1).

Nous verrons plus loin une application très-importante du même principe en traitant de ce que l'on appelle la solidarité imparfaite.

289. Quels sont les cas dans lesquels il y a solidarité légale? Nous allons les énumérer en renvoyant l'explication des articles aux titres où est le siége de la matière. Plus loin nous examinerons la question de savoir si tous les cas de solidarité légale sont soumis aux principes généraux de la solidarité conventionnelle.

Lorsque la veuve contracte un second mariage, son nouvel époux est solidairement responsable avec elle des suites de la tutelle, si elle lui a été conservée par le conseil de famille, ou si elle l'a indûment gérée (art. 395-396).

Les exécuteurs testamentaires sont solidairement responsables du compte du mobilier dont la saisine leur a été accordée (art. 1038).

Quand les époux sont mariés sous le régime de la communauté, le survivant doit faire inventaire; le subrogé tuteur qui ne l'y a pas obligé est solidairement tenu avec lui de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs (art. 1442).

Aux termes de l'article 1734, s'il y a plusieurs locataires, tous sont solidairement responsables de l'incendie.

Si plusieurs ont conjointement emprunté la même chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur (art. 1887).

(1) Duranton, t. XI, p. 251, n° 204, et tous les auteurs.

Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat (art. 2002).

290. Il y a, en matière commerciale, des cas de solidarité légale; nous les citons parce que ce sont les cas les plus fréquents dans lesquels il y ait solidarité.

Les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société sont solidaires pour tous les engagements de la société (code de comm., art. 22).

Tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une lettre de change ou un billet à ordre sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur (code de comm., art. 140 et 187).

291. Enfin il y a des cas de solidarité légale en matière de délits. Tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit sont tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais (code pénal, art. 55).

La condamnation aux frais, en matière criminelle, correctionnelle et de police, est prononcée solidairement contre tous les auteurs ou complices du même fait (décret du 18 juin 1811, art. 156).

Le nouveau code pénal belge a réuni ces dispositions en les modifiant (art. 50). « Tous les individus condamnés pour une même infraction sont tenus solidairement des restitutions et des dommages-intérêts. Ils sont tenus solidairement des frais lorsqu'ils ont été condamnés par le même jugement ou arrêt. » Nous laissons de côté les restrictions que le code apporte à cette dernière disposition, la matière étant en dehors de notre travail.

292. Les parties intéressées peuvent-elles déroger aux dispositions qui établissent la solidarité de plein droit? Il faut appliquer le principe consacré par l'article 6 : si la disposition est d'ordre public ou d'intérêt général, il n'est pas permis aux particuliers d'y déroger, tandis qu'ils peuvent déroger aux lois qui sont d'intérêt privé. La solidarité que la loi pénale établit est essentiellement d'intérêt public, puisqu'elle est une conséquence de l'infraction

à une loi qui a pour objet la conservation de l'ordre social. Il en est de même de la solidarité commerciale qui a pour but de donner pleine sécurité aux commerçants et, par suite, de garantir un interêt public, celui du commerce. Quant à la solidarité civile, elle concerne tantôt des intérêts purement privés : telle est la solidarité des emprunteurs conjoints et des mandants; par la nature même des contrats dans lesquels la loi l'établit, elle est étrangère à l'ordre public; en matière de contrats, la loi ne fait que prévoir ce que les parties ont voulu, et les parties peuvent vouloir le contraire de ce que le législateur présume. Tantôt la solidarité est prononcée à titre de peine : telle est la responsabilité du mari cotuteur et de la mère tutrice, celle du subrogé tuteur et des locataires. Reste la solidarité des exécuteurs testamentaires : le testateur pourrait-il les en dispenser? Il nous semble que la négative résulte de la nature même du mandat que le testateur donne dans l'intérêt des légataires; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Testaments*.

293. Il se présente, en matière de solidarité légale, une question très-importante et très-controversée : les coauteurs d'un délit civil ou d'un quasi-délit sont-ils tenus solidairement des dommages-intérêts? Et quel est le caractère de cette responsabilité? Nous ajournons l'examen de la difficulté, elle tient à une question plus générale, celle de savoir s'il y a une solidarité imparfaite qui diffère de la solidarité definie par le code; nous l'examinerons plus loin.

§ II. *Effets de la solidarité entre le créancier et les débiteurs solidaires.*

N° 1. DROITS DU CRÉANCIER.

294. Pothier dit que chaque débiteur solidaire est débiteur comme s'il était seul et unique débiteur. Voilà une face de la solidarité; il y en a une autre. Les divers débiteurs sont codébiteurs, il y a un lien entre eux : quel est ce lien? Pothier ne formule pas cette partie du principe;

il se borne à dire que le fait de chaque débiteur perpétue l'obligation, mais ne peut pas l'augmenter. D'où dérive le caractère de la solidarité? On explique généralement la solidarité entre codébiteurs par le principe qui régit la solidarité entre créanciers, c'est-à-dire par la théorie de la société et du mandat. La dette solidaire implique un mandat donné et reçu par chacun des codébiteurs de représenter les autres, mandat convenu dans l'intérêt du créancier qui en a fait la condition du crédit qu'il a accordé aux débiteurs; ce mandat est une clause essentielle du contrat et irrévocable comme toute convention. De ce mandat résulte la seconde partie du principe qui gouverne la solidarité : la dette solidaire est contractée par plusieurs personnes qui se sont associées de manière à ne faire, à l'égard du créancier, qu'une seule et même personne représentant tous les codébiteurs (1).

La théorie du mandat explique la plupart des effets que produit la solidarité des codébiteurs. Toutefois on ne peut pas dire que les auteurs du code l'aient toujours appliquée. Ils se sont écartés de la doctrine traditionnelle en ce qui concerne la demande d'intérêts : formée contre l'un des débiteurs solidaires, elle fait courir les intérêts à l'égard de tous (art. 1207). Cette disposition déroge au principe du mandat, les codébiteurs ne se donnent certes pas mandat d'augmenter la dette; cependant la dette est augmentée par la condamnation aux intérêts prononcée contre l'un des codébiteurs. Si donc on veut maintenir la théorie du mandat, on ne peut le faire qu'avec une réserve.

Il y a deux éléments dans l'obligation solidaire, on ne peut les expliquer que par un double principe. D'une part, il y a plusieurs codébiteurs, ce qui implique autant de liens qu'il y a de personnes obligées. D'autre part, la dette est unique, puisque tous les codébiteurs doivent une seule et même chose et la doivent pour le tout. Il y a donc tout ensemble un lien multiple et unité de la dette. Il y a un

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 270. Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 560 et 561.

lien multiple parce qu'il y a plusieurs codébiteurs, mais ce lien ne se divise pas entre eux : chaque codébiteur est tenu de toute la dette, comme s'il y était seul obligé. Voilà la première face de notre principe. L'unité de la dette fait que ces divers liens n'en forment qu'un seul, de sorte que les divers codébiteurs sont considérés comme ne formant qu'une même personne, un même débiteur, en ce sens qu'ils sont tenus les uns pour les autres et chacun pour tous au total de la dette. De là ce caractère distinctif de la solidarité que ce qui a été fait avec l'un des codébiteurs ou par lui est censé fait avec ou par tous les autres; c'est plus qu'un mandat, plus qu'une représentation; dans la théorie du code, c'est l'identité des codébiteurs qui sont censés ne former qu'une même personne à l'égard du créancier (1).

I. *Droit de poursuite.*

295. D'après l'article 1200, les débiteurs solidaires sont obligés à une même chose, de manière que chacun peut être contraint pour la totalité. C'est dire que le créancier peut poursuivre chacun des codébiteurs pour le tout comme s'il était seul obligé; il peut, dit l'article 1203, s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, et l'article 1204 ajoute que les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres. Cette disposition est une conséquence si évidente du principe de la solidarité, que l'on ne comprend pas que le législateur ait jugé nécessaire de la formuler. Les auteurs du code l'ont empruntée à Pothier sans réfléchir que dans un livre de doctrine l'auteur peut et doit dire bien des choses qu'un code ne doit pas reproduire. Pothier vivait encore sous l'empire du droit romain; or, dans l'ancien droit de Rome, lorsque le créancier dirigeait son action contre l'un des débiteurs solidaires, les autres étaient libérés : c'était une conséquence de la litiscontestation qui impliquait la novation de la

(1) Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 24, 26 et 28 (§ 228 *ter*).

dette. L'action éteignait la créance primitive et donnait naissance à une créance nouvelle; cette nouvelle créance, née de l'action, n'existait que contre celui des débiteurs qui y était désigné : de là la libération des autres qui n'y étaient point nommés. Justinien abrogea cette novation judiciaire, elle n'avait jamais été admise dans notre ancien droit; Pothier aurait donc pu passer sous silence la constitution de Justinien; à plus forte raison, les auteurs du code n'en devaient-ils rien dire (1).

296. Le débiteur poursuivi peut-il demander la mise en cause de ses codébiteurs dans le but de faire diviser la condamnation? Nous dirons plus loin que la loi accorde ce droit au débiteur d'une obligation indivisible (art. 1225); l'article 1203 le refuse au débiteur solidaire; il ne peut pas opposer le bénéfice de division au créancier qui le poursuit. La raison en est bien simple, c'est que chaque débiteur solidaire est tenu comme s'il était seul et unique débiteur (n° 294) : comment demanderait-il la division de la condamnation alors qu'il s'est obligé à payer toute la dette? Il est vrai qu'il y a une analogie apparente entre la position des codébiteurs solidaires et celle des cautions, puisque chacun d'eux, de même que les cautions, ne doit, en définitive, supporter que sa part dans la dette; et comme les cautions jouissent du bénéfice de division (art. 2026), on aurait pu en conclure que les débiteurs solidaires doivent avoir le même droit. C'est peut-être la raison pour laquelle Pothier s'exprime avec quelque hésitation sur ce point. « Je ne pense pas même, dit-il, que les codébiteurs solidaires aient le bénéfice de division, c'est-à-dire que l'un d'eux, à qui le créancier demande le total, soit recevable, en offrant sa part, à demander que le créancier soit renvoyé contre les autres, pour chacun leur part, lorsqu'ils sont solvables. » Le principe de la solidarité suffit pour décider la question et, malgré les apparences, il y a une différence profonde entre les cautions et les débiteurs solidaires; on n'a jamais dit des

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 271. Mourlon, t. II, p. 561 et suiv. Colmet de Santerre, t. V, p. 220, n° 137 *bis*.

cautions qu'elles s'obligent pour le tout, comme si chacune était seule et unique caution; leur intention est toute contraire; tandis que la solidarité a précisément pour but de donner au créancier une action pour le total contre chacun des débiteurs; donc la solidarité exclut toute division de la dette (1).

297. Le débiteur solidaire poursuivi par le créancier peut-il demander la mise en cause de ses codébiteurs dans le but de faire statuer sur le recours qu'il aura contre eux s'il paye toute la dette? Pothier enseignait que les codébiteurs solidaires, à la différence du codébiteur d'une obligation indivisible, n'avaient point ce droit : ils sont tenus de payer, dit-il, aussitôt qu'ils sont interpellés (2). C'est une conséquence logique du principe de la solidarité. Chaque débiteur est tenu comme s'il était seul et unique débiteur; cela exclut tout délai pour mettre des garants en cause.

Faut-il suivre l'opinion de Pothier sous l'empire du droit nouveau? C'est bien notre avis. Puisque c'est une conséquence de la solidarité, on doit l'admettre; il est vrai que les auteurs du code ne l'ont pas consacrée, mais cela était inutile. Il faudrait une disposition formelle pour ne pas l'admettre. On prétend que cette disposition existe dans le code de procédure, dont l'article 175 porte : « Celui qui prétendra avoir droit d'appeler en garantie sera tenu de le faire dans la huitaine de la demande originaire. » Cette disposition décide-t-elle la question? Elle se borne à régler un point de procédure, le délai dans lequel le recours en garantie doit être formé. Qui peut demander la mise en cause? Le code de procédure ne répond pas à cette question. On pose en principe que tous ceux qui ont droit à la garantie peuvent mettre les garants en cause. Nous admettons le principe, mais nous doutons que le débiteur solidaire puisse l'invoquer. Vainement dit-on qu'il y a le plus grand intérêt, puisqu'il préviendra par là un nouveau procès dans lequel il pourrait succom-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 218, n° 136 *bis* I. Pothier, n° 272.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 330.

ber; l'intérêt est évident, mais le droit du créancier l'emporte sur l'intérêt du débiteur. On dit encore que le créancier n'en éprouve aucun préjudice, puisque le délai pour mettre les garants en cause n'est que de huit jours. Tout délai peut être préjudiciable au créancier et, après tout, ce n'est pas une question de préjudice; si c'est un droit que le créancier tient de la solidarité, il peut l'exercer sans qu'on puisse lui opposer le défaut d'intérêt (1).

298. L'obligation que la dette solidaire impose aux débiteurs de payer le total de la dette leur donne-t-elle aussi un droit contre le créancier? Que chacun ait le droit de payer le total de la dette, cela n'est guère douteux; le débiteur a le droit de payer ce que le créancier a le droit de demander. Mais le débiteur aurait-il le droit de payer le total si le créancier lui demandait un payement partiel? La question s'est présentée, devant la cour de cassation, dans une espèce où le cessionnaire de la créance aurait eu intérêt à la division de la dette; la cour a jugé que cet intérêt ne lui donnait aucun droit à la division, parce que, représentant le créancier primitif, il ne pouvait faire plus que ce que le créancier aurait pu faire (2). Cela nous paraît douteux. Il est vrai que la stipulation de solidarité exclut la division de la dette, mais c'est dans l'intérêt du créancier; ne peut-il pas renoncer au bénéfice d'une clause alors que cette clause lui devient préjudiciable? La loi dit bien que le débiteur poursuivi ne peut pas demander la division; elle ne dit pas que le créancier ne peut réclamer un payement divisé.

299. Quelles exceptions le débiteur poursuivi peut-il opposer au créancier? L'article 1208 répond à la question; il distingue trois espèces d'exceptions : les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, celles qui sont communes à tous les codébiteurs et les exceptions personnelles. On entend, en cette matière, par exceptions, non les exceptions qui tiennent à la procédure, mais les

(1) En sens contraire, tous les auteurs (Colmet de Santerre, t. V, p. 219 nº 136 *bis* II; Demolombe, t. XXVI, p. 251, nº 316.

(2) Rejet, 15 mars 1827 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 1389). Comparez Larombière, t. II, p. 616, nº 4 de l'article 1204 (Ed. B., t. II, p. 48).

défenses au fond; cela résulte du caractère même des diverses exceptions que la loi admet.

Le codébiteur solidaire poursuivi peut d'abord opposer au créancier toutes les exceptions qui résultent de la *nature de l'obligation*, c'est-à-dire les causes de nullité ou d'inexistence de la dette, pourvu que ces causes ne soient pas établies en faveur de la personne de l'un des débiteurs. L'absence de consentement est une cause d'inexistence de la dette; si aucun des débiteurs n'a consenti, chacun d'eux peut répondre au créancier qui le poursuit qu'il n'y a pas de dette. Mais si l'un des débiteurs seulement n'a pas consenti, lui seul pourra se prévaloir de l'inexistence de l'obligation. Les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation sont ordinairement communes à tous les codébiteurs; par exemple, la dette n'a pas d'objet, elle n'a pas de cause, ou c'est un contrat solennel dépourvu des solennités prescrites par la loi. Quand l'obligation est inexistante ou nulle à l'égard de tous, chacun des codébiteurs a naturellement le droit de s'en prévaloir.

Les exceptions communes à tous les codébiteurs ne découlent pas toutes de la nullité ou de l'inexistence de l'obligation; s'il en était ainsi, le code aurait tort de distinguer les deux espèces d'exceptions, elles se confondraient. Il y a aussi des exceptions communes qui naissent de l'extinction de la dette. Quand la dette est éteinte d'une manière absolue, chacun des débiteurs peut naturellement opposer au créancier qu'il n'y a plus de dette. Mais l'extinction peut ne pas être absolue, en ce sens que tous ne peuvent pas s'en prévaloir. Nous reviendrons sur cette matière, qui n'est pas sans difficulté.

L'article 1208 dit que le codébiteur solidaire peut encore opposer toutes les exceptions qui lui sont *personnelles*, mais qu'il ne peut opposer les exceptions qui sont *purement personnelles* à quelques-uns des autres codébiteurs. Que le débiteur puisse opposer les exceptions qui lui sont personnelles, cela n'est point douteux; s'il est mineur, il peut demander la nullité de l'obligation, pour cause de minorité; il en est de même des autres causes d'incapacité. Il y aurait encore une exception personnelle

si le consentement de l'un des débiteurs était vicié par l'erreur, la violence ou le dol; il pourrait demander la nullité de l'obligation, à raison de ce vice. La modalité sous laquelle un des codébiteurs s'oblige lui donne aussi une exception personnelle. Celui qui s'est obligé sous condition ou à terme ne peut être poursuivi tant que la condition n'est pas accomplie ou tant que le terme n'est pas échu (1).

Les exceptions personnelles donnent lieu à des difficultés. On suppose que le créancier s'adresse au débiteur qui peut opposer l'exception personnelle, et que celui-ci l'oppose: il sera libéré si l'obligation est annulée. Le créancier actionne ensuite un autre débiteur solidaire: celui-ci peut-il opposer l'exception de nullité pour la part du codébiteur qui est libéré? La question est controversée. A notre avis, le débiteur ne peut pas opposer la nullité de l'obligation contractée par son codébiteur (2); sa prétention est contraire au texte et à l'esprit de la loi: au texte, puisque l'article 1208 dit, en termes absolus, que le codébiteur solidaire ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles à ses codébiteurs; l'esprit, car chaque codébiteur est considéré comme étant seul et unique débiteur; donc étant poursuivi, il doit payer toute la dette. On objecte que le débiteur a dû compter sur le recours qu'il aura contre ses codébiteurs; or, dans l'espèce, il n'aura point ce recours; il en résultera qu'il sera tenu de supporter plus que sa part virile dans la dette solidaire, ce qui est contraire à l'essence de la solidarité (art. 1213) (3). Ce raisonnement serait excellent si l'engagement des débiteurs solidaires était conditionnel, c'est-à-dire s'ils ne s'obligeaient qu'à la condition d'avoir un recours contre leurs codébiteurs. Mais leur engagement est pur et simple; à l'égard du créancier chacun est tenu de toute la dette, et le créancier a le droit d'exiger le payement total. Si le débiteur lui oppose qu'il n'aura pas son

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 24 et suiv., § 298 *ter*. Colmet de Santerre, t. V, p. 227 et suiv., nº 142 *bis*. Demolombe, t. XXVI, p. 318, nºs 380-382.
(2) Larombière, t. II, p. 646, nº 10 de l'article 1208 (Éd. B., t. II, p. 60).
(3) Comparez Demolombe, t. XXVI, p. 323, nºs 387 et suiv.

recours contre le codébiteur qui a fait annuler son obligation, le créancier lui répondra : « Que m'importe? le recours qu'un débiteur a contre son codébiteur ne me regarde pas ; j'ai une action pour le tout contre chacun d'eux et j'use de mon droit. Ce n'est pas à moi de veiller aux droits et aux intérêts des codébiteurs ; cela est leur affaire : qu'ils voient en contractant avec qui ils s'engagent, ou qu'ils ne s'engagent que sous la condition du recours. » Voilà le droit strict du créancier. On objecte qu'il y a faute du créancier et que chaque débiteur a le droit de lui opposer cette faute jusqu'à concurrence de la part du débiteur qui fait annuler son obligation (1). Il y a faute! Et quelle est donc l'obligation que le créancier contracte à l'égard des codébiteurs et qu'il manque de remplir? S'engage-t-il à assurer le recours des codébiteurs entre eux? Ce recours lui est tout à fait étranger ; il ne prend aucun engagement envers les codébiteurs, et peut-il y avoir faute là où il n'y a pas d'obligation?

300. Supposons maintenant que le créancier, au lieu de s'adresser à celui des débiteurs qui a une exception personnelle à lui opposer, poursuive un autre débiteur solidaire, à qui cette exception est étrangère. Celui-ci pourra-t-il se prévaloir de l'exception personnelle du premier? Qu'il ne puisse pas l'invoquer pour le tout, cela est évident, puisque le code le dit : « Le codébiteur solidaire ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles à quelques-uns des autres codébiteurs » (art. 1208). Mais ne peut-il pas s'en prévaloir pour la part que leur codébiteur devrait supporter dans la dette? Nous répondons : Non, par les motifs que nous venons d'exposer (n° 299), car la question est au fond la même. Qu'importe que le débiteur qui a une exception personnelle ait fait annuler son obligation ou qu'il n'ait pas opposé l'exception, le créancier n'ayant pas agi contre lui? Les termes absolus de l'article 1208 ne lui permettent pas d'opposer une exception personnelle à son codébiteur, et l'esprit de la loi est d'accord avec le texte.

(1) Rodière, p. 62, n° 77.

Il y a des auteurs qui distinguent. Si le codébiteur a connu ou dû connaître, en contractant, les causes des exceptions qu'il oppose au créancier, il sera non recevable et devra payer toute la dette quoiqu'il n'ait pas de recours, car il s'est obligé sachant qu'il n'aurait pas de recours : tel est le cas où l'un des débiteurs est mineur. Les autres codébiteurs doivent connaître la minorité de celui avec lequel ils s'obligent; ils n'ont qu'à demander un extrait de son acte de naissance. Mais s'ils n'ont pas pu connaître la cause de l'exception personnelle qui appartient à leur codébiteur, ils pourront opposer l'exception pour la part de ce débiteur. La raison en est que, dans ce cas, ils ont dû compter sur le recours que la loi leur donne; ils seraient donc trompés et lésés s'ils ne l'avaient point (1). Nous opposons à cette argumentation le texte de la loi : l'article 1208 dit que les codébiteurs ne peuvent pas opposer l'exception personnelle, et on lui fait dire qu'ils peuvent l'opposer dans une certaine mesure. La distinction altère le texte et elle est aussi contraire à l'esprit de la loi, car elle déroge à la solidarité. La loi dit que chaque débiteur solidaire est tenu pour le tout et sans qu'il puisse opposer au créancier une exception personnelle à ses codébiteurs; et on lui fait dire que le créancier n'aura pas action pour le tout, dans le cas où le débiteur n'avait pas connaissance de l'exception personnelle lors du contrat. Le recours regarde les rapports des codébiteurs entre eux; il ne regarde pas les rapports du créancier avec ses débiteurs; au créancier le débiteur ne peut opposer que les exceptions qui lui sont personnelles, il ne peut opposer les exceptions qui sont personnelles à ses codébiteurs.

301. Ces principes s'appliquent-ils à toutes les exceptions personnelles? La loi paraît distinguer entre les exceptions *personnelles* et les exceptions *purement personnelles*; c'est seulement à ces dernières que s'applique, dit-on, le deuxième alinéa de l'article 1208. En disant que le codébiteur ne peut opposer les exceptions qui sont

(1) Mourlon, t. II, p. 566 et suiv. Demolombe, t. XXVI, p. 325, n° 388.

purement personnelles à quelques-uns de ses codébiteurs, la loi dit implicitement qu'il peut opposer les exceptions qui sont personnelles, à la vérité, mais qui ne sont pas purement personnelles. Ainsi présentée, la distinction nous paraît très-douteuse. C'est argumenter du silence de la loi, argumentation toujours très-incertaine, et c'est arriver à une conclusion que nous croyons inadmissible. En effet, c'est faire dire à la loi que le codébiteur peut opposer l'exception personnelle de ses débiteurs pour le tout aussi bien que pour leur part, en ce sens que tous les débiteurs solidaires auraient les mêmes droits quant à cette exception personnelle; s'il en était ainsi, l'exception ne serait plus personnelle, elle serait commune (1).

Ce n'est pas que nous rejetions la théorie dans ses applications; nous croyons qu'on l'a mal formulée. M. Larombière avoue que les prétendues exceptions personnelles qui peuvent être invoquées par tous les codébiteurs pour la part de celui à qui elles appartiennent sont, en réalité, des exceptions communes à tous. En effet, quelles sont ces exceptions personnelles qui profitent aux autres coobligés, du moins pour la part de celui qui seul peut les invoquer pour la totalité de son engagement? Ce sont certains modes d'extinction des obligations qui réduisent l'engagement des codébiteurs solidaires jusqu'à concurrence de la part de celui au profit duquel la dette est éteinte pour le tout. Le créancier fait remise à l'un des codébiteurs solidaires de la dette : c'est une exception personnelle, en ce sens que le débiteur à qui le créancier a remis la dette peut seul s'en prévaloir pour le tout; mais l'article 1285 ajoute que, dans ce cas, le créancier ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise. C'est dire que les autres débiteurs peuvent invoquer cette exception pour la part du débiteur qui est libéré. La raison en est que si les codébiteurs devaient payer toute la dette, ils auraient un recours contre le débiteur libéré qui, par conséquent,

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 226 et 228, nos 142 et 142 *bis* I. Demolombe, t. XXVI, p. 319, nos 382 et 383.

ne serait pas libéré entièrement; or, le créancier a voulu le libérer, ce qui ne peut se faire qu'en éteignant la dette partiellement. Donc, à vrai dire, il ne s'agit pas d'une exception personnelle, il s'agit d'une exception qui porte sur la dette et qui l'éteint pour partie à l'égard de tous.

Il en est de même quand l'un des codébiteurs devient l'héritier du créancier. Ce codébiteur est libéré; en ce sens, il a une exception que lui seul peut opposer au créancier. Mais les autres codébiteurs peuvent invoquer cette exception pour la part du codébiteur héritier (article 1209). La raison est identique à celle que nous venons de donner; la confusion éteint la dette, mais l'extinction n'est pas totale à l'égard des coobligés, elle n'est que partielle. Donc, à vrai dire, il n'y pas là d'exception personnelle, il y a un mode d'extinction qui opère pour le tout à l'égard de l'un des codébiteurs et pour partie à l'égard des autres (1).

Telles sont les seules exceptions personnelles qui peuvent être invoquées par les autres codébiteurs. On s'exprime mal en s'exprimant ainsi. Ce qu'il y a de personnel dans ces exceptions, c'est que l'un des débiteurs seulement est libéré pour le tout, et en ce sens l'exception ne peut pas être invoquée par les autres; ceux-ci ne peuvent s'en prévaloir que pour la part du débiteur libéré; en ce sens, l'exception leur est commune. On peut donc dire que ces exceptions sont tout ensemble personnelles et communes.

302. On a demandé si les contrats d'atermoiement et le sursis constituent des exceptions personnelles au profit du codébiteur qui a obtenu soit un sursis, soit un concordat. La question est mal posée. On entend par exception une dispense résultant du contrat ou de l'extinction de l'obligation. Or, l'atermoiement et le sursis sont étrangers à la convention primitive. C'est en vertu d'un accord postérieur ou en vertu du bénéfice de la loi que l'un des débiteurs obtient un terme ou un sursis. Et il va de

(1) Larombière, t. II, p. 643, n° 7 (Ed. B., t. II, p. 59). Demolombe t. XXVI, p. 320, n° 383.

soi que la convention ou le jugement qui accorde cette faveur à l'un des débiteurs ne peut pas être invoqué par les autres codébiteurs, puisque les conventions et les jugements n'ont pas d'effet à l'égard des tiers, et les codébiteurs restent des tiers, en ce sens que ce qui se passe entre un de leurs codébiteurs et ses créanciers leur reste étranger, à moins que la dette ne soit éteinte. Il a été jugé que la femme obligée solidairement avec son mari commerçant ne peut se prévaloir d'un contrat d'atermoiement fait entre son mari et ses créanciers, contrat dans lequel elle n'a pas été partie; la femme prétendait qu'elle devait profiter des délais accordés à son mari pour le payement de l'obligation qu'elle avait souscrite conjointement avec lui; la cour de Paris repoussa cette prétention, contraire aux principes qui régissent les effets des conventions (1). La cour de Liége a porté une décision analogue en matière de sursis (2). D'après notre législation, le sursis s'accorde par la cour, donc par jugement, et les jugements ne profitent pas aux tiers comme ils ne leur nuisent pas; en traitant de la chose jugée, nous verrons si les débiteurs solidaires peuvent se prévaloir d'un jugement rendu avec un de leurs débiteurs, et si l'on peut s'en prévaloir contre eux, quand le jugement porte sur l'objet de la dette. Le sursis n'est accordé que par des considérations personnelles.

303. L'application des principes que nous venons d'exposer a soulevé une difficulté en matière d'expropriation. Aux termes de l'article 2209, le créancier ne peut poursuivre la vente des immeubles qui ne lui sont pas hypothéqués, que dans le cas d'insuffisance des biens qui lui sont hypothéqués. On demande si le créancier d'une dette solidaire, hypothéquée par les divers codébiteurs, peut, en cas d'insuffisance de l'immeuble hypothéqué par l'un d'eux, poursuivre la vente de ses autres immeubles, sans être tenu de discuter au préalable les immeubles des autres débiteurs spécialement affectés au payement de sa

(1) Paris, 18 avril 1815 (Dalloz, au mot *Compétence commerciale*, n° 229).
(2) Liége, 3 février 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 156).

créance? L'affirmative a été jugée et elle ne nous paraît point douteuse (1). En effet, d'après l'article 1203, le créancier peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir et ce débiteur est tenu de la totalité de la dette, comme s'il était seul et unique débiteur (art. 1200). Cela décide la question.

II. *Interruption de la prescription.*

304. L'article 1206 porte que les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous. C'est, dit Pothier, une conséquence de ce que chacun des débiteurs est débiteur du total; car le créancier, en l'interpellant, l'a interpellé pour le total de la dette, il a donc interrompu la prescription pour le total, même à l'égard des débiteurs qu'il n'a pas interpellés, lesquels ne pourraient opposer la prescription au créancier que sur ce qu'il n'aurait pas usé de son droit pour la dette dont ils sont tenus; mais ils ne peuvent le prétendre, puisque la dette dont ils sont tenus est la même que celle pour laquelle leur codébiteur a été interpellé pour le tout. Doneau déjà trouvait cette argumentation insuffisante. N'est-il pas de principe qu'il y a autant de liens que de débiteurs? Chacun étant considéré comme seul et unique débiteur, ne faut-il pas que chacun soit interpellé pour que la prescription soit interrompue contre lui? Ce que Pothier dit de l'unité de la dette serait vrai si la dette était indivisible, mais en matière de solidarité, l'unité de la dette n'empêche pas que chaque débiteur ne soit tenu par un lien individuel. Nous avons dit (n° 294) que le principe de la solidarité a encore une autre face, c'est que tous les codébiteurs sont considérés comme un seul et unique débiteur, ou, si l'on veut, ils sont associés et comme tels ils se donnent mandat de conserver la dette dans l'intérêt du créancier; donc en conservant son droit contre l'un des débiteurs, le créancier le conserve nécessairement contre les autres (2).

(1) Toulouse, 26 juillet 1834 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1397).
(2) Pothier, *Obligations*, n° 272. Toullier, t. III, 2, p. 449, n° 729.

305. On a prétendu que le principe de l'article 1206 ne s'applique pas aux poursuites judiciaires, en invoquant le vieil adage que le jugement ne nuit pas à ceux qui n'ont pas été parties en cause. C'est citer l'adage bien mal à propos. En effet, ce n'est pas le jugement qui interrompt la prescription, c'est la citation en justice (art. 2244); donc c'est l'acte d'huissier constatant la poursuite qui a la force d'interrompre la prescription; partant, la prescription est interrompue à l'égard de tous, dès que la poursuite est légalement constatée; or, elle l'est par un acte authentique. La cour de Paris a jugé en ce sens (1); la question n'aurait pas dû être soulevée.

306. Comment le créancier interrompra-t-il la prescription si l'un des débiteurs vient à mourir? S'il ne laisse qu'un héritier, le créancier pourra interrompre la prescription en agissant contre lui, car le lien de la solidarité étant conventionnel passe aux héritiers des parties contractantes. Si le débiteur laisse plusieurs héritiers, la dette se divise entre eux et chacun n'est tenu solidairement que pour sa part dans la dette. Il suit de là que pour interrompre la prescription pour le tout, le créancier doit poursuivre tous les héritiers ou l'un des codébiteurs survivants. Quel sera l'effet de la poursuite faite contre l'un des héritiers? La prescription sera interrompue pour sa part héréditaire contre lui, cela va sans dire, et contre les codébiteurs du défunt; mais elle ne sera pas interrompue contre les autres héritiers, car les héritiers ne sont pas solidaires entre eux; la dette se divise, au contraire, entre les héritiers, donc il faut les interpeller tous pour que la prescription soit interrompue à l'égard de tous (2). C'est la disposition de l'article 2249.

307. L'article 2249 met la reconnaissance de la dette sur la même ligne que l'interpellation; en effet, la loi place la reconnaissance que le débiteur fait du droit de celui contre lequel il prescrit, parmi les actes interruptifs de la prescription (art. 2248). Il suit de là que si l'un

(1) Paris, 6 janvier 1849 (Dalloz, 1849, 2, 204).
(2) Demolombe, t. XXVI, p. 300, nos 359, 360.

des codébiteurs reconnaît la dette, cette reconnaissance interrompt la prescription à l'égard des héritiers du codébiteur prédécédé. On a prétendu le contraire en invoquant l'autorité de Renusson. C'était une subtilité fondée sur le principe de la société qui existe entre les codébiteurs. Sur quoi, disait-on, est basée l'interruption de la prescription? Sur la société qui existe entre codébiteurs. Or, la société se dissout par la mort, donc il n'y a pas de motif juridique pour donner effet à la reconnaissance à l'égard des héritiers du débiteur. La cour de Pau a rejeté cette doctrine : l'article 2249 la repousse formellement, puisqu'il assimile la reconnaissance à l'interpellation; l'une et l'autre interrompent la prescription, en cas de décès de l'un des codébiteurs, pour la part de chaque héritier, donc à l'égard de tous si la prescription est interrompue contre l'un des codébiteurs. Nous disons que l'argument tiré de la société est une subtilité ; il y a société, en ce sens que les divers codébiteurs se représentent les uns les autres ; donc tant que le lien de solidarité existe, il y a société entre les codébiteurs; or, le décès de l'un des débiteurs laisse subsister le lien de solidarité, donc aussi la société (1).

308. Pour que la reconnaissance ait l'effet d'interrompre la prescription à l'égard de tous les codébiteurs, il faut qu'elle soit faite avant que la prescription soit accomplie. Si la prescription est acquise, la reconnaissance que l'un des anciens débiteurs ferait serait inopérante à l'égard de ses codébiteurs. Ce ne serait plus une interruption de la prescription, puisque la dette étant éteinte, il ne peut plus être question de prescription ; ce serait une renonciation aux effets de la prescription, et cette renonciation est étrangère à ceux qui n'ont pas renoncé à la dette. Vainement invoquerait-on la solidarité, il n'y en a plus, puisqu'il n'y a plus de dette. Cela est si évident, que l'on s'étonne que la question ait été débattue devant les tribunaux (2).

(1) Pau, 18 mai 1833 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 1407).
(2) Bruxelles, 21 octobre 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 313). Limoges, 19 décembre 1842 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 1404).

309. L'un des codébiteurs reconnaît une dette soumise à une courte prescription. Il est de principe que la courte prescription fait place, dans ce cas, à la prescription trentenaire (art. 2274). La reconnaissance produit cet effet à l'égard du débiteur qui l'a faite; cela est évident. En sera-t-il de même à l'égard des autres codébiteurs? La cour de Rouen l'a jugé ainsi (1). C'est une erreur (2). La prescription est plus qu'interrompue, dans l'espèce, elle est intervertie, elle change de nature et il en résulte une aggravation singulière pour le débiteur, puisque, au lieu de prescrire par six mois ou un an, il ne prescrira que par trente ans. Or, les codébiteurs se donnent bien mandat de conserver la dette, mais ils ne se donnent pas mandat de l'augmenter. Cela est décisif.

III. *Mise en demeure.*

310. Pothier pose comme principe que l'un des codébiteurs ne peut pas, par son fait, aggraver la condition de ses codébiteurs (3). Dans la théorie de la société et du mandat qui en résulte, on dit que les codébiteurs se donnent mandat de conserver la dette, mais non de l'augmenter. Il est inutile de recourir à cette théorie pour justifier le principe que Pothier formule et que tout le monde admet. On n'est obligé que par son consentement; or, les codébiteurs solidaires ont consenti à être tenus de l'obligation qu'ils ont contractée dans les limites de leur contrat, ils n'ont pas consenti ni entendu consentir à ce que le fait d'un codébiteur étendît leur obligation; ce serait une obligation sans consentement, ce qui est absurde.

Le code déroge à ce principe en disposant que la demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous. Cette disposition ne se concilie pas avec la théorie du mandat. Une dette qui ne porte pas intérêts est aggravée quand

(1) Rouen, 5 mars 1842 (Dalloz, au mot *Prescription*, n° 623).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 30, note 33, § 298 *ter*.
(3) Pothier, *Des obligations*, n° 273. Aubry et Rau, t. IV, p. 30, note 30, § 298 *ter*.

par le fait de l'un des débiteurs elle devient productive d'intérêts. On ne sait pourquoi les auteurs du code se sont écartés, en ce point, de l'autorité de Pothier. Les auteurs supposent que c'est par une considération d'utilité pratique. Si les intérêts ne couraient contre chacun des débiteurs que par une demande spéciale, le créancier serait obligé de les poursuivre tous; de là des frais qui retomberaient sur les débiteurs. N'est-il pas plus simple de prévenir ces procès et les frais frustratoires qui en résultent, en faisant courir les intérêts contre tous par une seule demande (1)?

On a essayé de concilier l'article 1207 avec les vrais principes en supposant une convention tacite entre les codébiteurs. Les débiteurs doivent les intérêts moratoires fixés à 5 p. c. par la loi du 3 septembre 1807, à titre de dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution: c'est donc une peine tacite à laquelle les codébiteurs solidaires s'engagent au cas où il y aurait retard dans l'exécution; ils s'y soumettent tacitement par cela seul que le retard sera constaté légalement, c'est-à-dire par une poursuite en justice dirigée contre l'un d'eux (2). L'explication est admissible en théorie, en ce sens que le législateur aurait pu supposer cette intention aux parties contractantes; mais l'interprète ne le peut pas, pas même pour expliquer une disposition du code; en effet, ce serait établir, par voie de présomption, une obligation ne résultant pas du contrat ce qui est contraire à tout principe.

311. La mise en demeure de l'un des débiteurs solidaires produit-elle son effet à l'égard de tous les autres? Ici la loi applique le principe que les codébiteurs conservent l'obligation par leur fait, mais sans pouvoir l'augmenter. C'est du moins ainsi que l'on explique l'article 1205. La loi suppose que la chose due périt par la faute ou pendant la demeure de l'un des débiteurs solidaires. Il peut résulter de cette perte un dommage pour le créancier, outre celui qu'il éprouve par la perte de la chose

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 563 et suiv.
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 224, n° 141 *bis* I. Demolombe, t. XXVI, p. 293, n° 349.

due; il a, en ce cas, le droit de réclamer le prix de la chose et, de plus, des dommages et intérêts. Peut-il réclamer le prix et les dommages-intérêts contre chacun des codébiteurs? Non, il peut demander le prix de la chose à tous les codébiteurs; quant aux dommages-intérêts, il ne peut les répéter que contre le débiteur qui est en faute ou en demeure. Pourquoi peut-il réclamer le prix de la chose qui a péri contre ceux qui ne sont pas en demeure ni en faute? C'est un des effets de la solidarité. Si les débiteurs n'étaient pas solidaires, le fait de l'un d'eux, faute ou demeure, serait étranger aux autres et, par conséquent, ils seraient libérés par la perte de la chose. Mais, étant débiteurs solidaires, ils se donnent mandat de conserver l'obligation, en ce sens que le créancier conserve son droit contre tous en le conservant contre un seul. Pourquoi les codébiteurs tenus du prix de la chose ne sont-ils pas tenus des dommages-intérêts? C'est que les dommages-intérêts aggraveraient leur position, ils seraient tenus à plus qu'à ce à quoi ils se sont obligés, ce qui est contraire au principe de la solidarité (1).

Cette distinction est-elle conforme aux vrais principes? C'est Dumoulin qui l'a proposée. Pothier l'a reproduite et les auteurs du code ont suivi leur guide habituel. Mais sur quoi Dumoulin fondait-il sa doctrine? Est-ce sur les principes de la solidarité? Non, il a imaginé sa distinction pour concilier deux lois romaines. Or, il se trouve qu'il a mal interprété les textes du Digeste; de sorte que le législateur a consacré, sans s'en douter, une fausse interprétation de deux lois romaines. Il est vrai que l'on a ensuite cherché une explication rationnelle de la distinction que l'article 1205 établit. Mais cette explication même a été combattue. Est-il bien vrai que l'on n'aggrave pas la condition de deux emprunteurs solidaires quand on oblige l'un à payer le prix du cheval que l'autre a fait périr par sa faute? Et s'il répond du prix, pourquoi ne répond-il pas des dommages-intérêts? Ou il faut le libérer

(1) Pothier, *Des obligations*, nº 273. Toullier, t. III, 2, p. 449, nºs 730 et 731.

entièrement, ou il faut le condamner pour le tout. C'est cette dernière opinion qui nous paraît la plus conforme à la théorie de la solidarité (1).

312. Que faut-il décider si une peine a été stipulée pour le cas de retard? On enseigne que dans ce cas tous les codébiteurs sont tenus de la peine dès qu'elle est encourue par la demeure de l'un d'eux. La décision est juridique; en effet, la peine est une clause du contrat; les débiteurs solidaires s'obligent à la payer dès que la demeure est constatée; or, elle est constatée à l'égard de tous lorsque l'un d'eux a été mis en demeure. On peut dire aussi que l'inexécution de l'obligation est la condition sous laquelle les codébiteurs doivent la peine, donc ils en sont tenus dès qu'il y a demeure légale, la condition étant accomplie. C'est la doctrine de Pothier, suivie par tous les auteurs. Ne témoigne-t-elle pas contre l'article 1205? la doctrine traditionnelle n'est-elle pas en contradiction avec elle-même? La peine n'est que l'évaluation des dommages-intérêts résultant du retard : est-ce que l'évaluation des dommages-intérêts en change la nature et peut-elle influer sur les obligations des débiteurs? Non, certes. Cependant d'après l'opinion de Pothier, que le code a consacrée implicitement, les débiteurs ne sont pas tenus des dommages intérêts résultant du retard lorsqu'ils ne sont pas évalués par la convention; et ils en sont tenus lorsque la convention les évalue sous le nom de peine (2).

N° 2. DE LA SOLIDARITÉ IMPARFAITE.

I. *Y a-t-il une solidarité imparfaite?*

313. Il y a des auteurs qui admettent deux espèces de solidarité, une solidarité parfaite qui produit tous les effets que nous venons d'énumérer et une solidarité imparfaite qui ne produit que quelques-uns de ces effets. Nous devons exposer cette théorie et la combattre; le

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 221 et suiv., n° 139 *bis* I. Demolombe, t. XXVI, p. 393, n° 349.
(2) Pothier, n° 273. Aubry et Rau, t. IV, p. 29, note 29, § 298 *ter*.

débat est important au point de vue des principes : il s'agit de savoir si les interprètes peuvent introduire dans la loi des distinctions qu'elle ignore, en se basant soit sur des motifs de théorie, soit sur la tradition romaine. Pour nous la question est décidée d'avance. Tout notre ouvrage repose sur un principe, le respect de la loi. Quand la loi a parlé, la raison doit plier, sauf à demander la révision du code. Bien moins encore peut-on ressusciter une tradition qui n'est plus que de l'histoire. Il faut ajouter que c'est à peine si l'on peut dire qu'il y ait une tradition, et que c'est à peine si l'on peut invoquer des motifs rationnels. On verra jusqu'où les interprètes poussent le dédain du texte; nous disons mal, ils le respectent, sauf à lui faire dire le contraire de ce qu'il dit réellement.

314. Les auteurs qui enseignent qu'il y a deux espèces de solidarité ne s'entendent pas entre eux; et comment s'entendraient-ils alors qu'il n'y a aucun texte qui reconnaisse la solidarité qu'ils appellent imparfaite? Dans le silence du code, chacun fait la loi à sa guise. Nous allons d'abord entendre Mourlon, puis nous dirons quel est le système de MM. Aubry et Rau.

La solidarité est parfaite, dit Mourlon, quand elle est conventionnelle; les codébiteurs s'associent pour s'obliger ensemble; on doit supposer qu'ils se connaissent, puisqu'ils forment une société; on peut donc admettre qu'ils consentent à faire à l'égard du créancier une seule et même personne représentée par chacun d'eux. La solidarité légale est aussi parfaite lorsqu'elle existe entre plusieurs personnes unies par un intérêt commun, qui ont entre elles des rapports fréquents, qui se connaissent par conséquent : tels sont le mari cotuteur et sa femme (art. 395), les exécuteurs testamentaires (art. 1033), les emprunteurs à usage de la même chose (art. 1887) et les comandants (art. 2002).

Au contraire, la solidarité légale est imparfaite lorsque la loi l'établit entre personnes qui ne se connaissent point, qui n'ont entre elles que des rapports très-rares et qui ne deviennent codébiteurs que par accident. Tels sont les différents locataires d'une maison incendiée (art. 1734);

ils ne sont pas représentants les uns des autres, parce qu'on ne peut pas admettre qu'ils entendent s'associer alors qu'ils ne se sont peut-être jamais vus; la société entre eux ne se concevrait pas, et la loi ne peut pas la supposer. Il en est de même de la solidarité qui existe entre les signataires d'une lettre de change et entre les personnes qui ont commis une même infraction.

La solidarité imparfaite produit des effets bien moins considérables que la solidarité parfaite. Elle donne seulement au créancier le droit de poursuivre chacun des débiteurs pour le tout. Mais comme il n'y a aucun lien, aucune association entre les codébiteurs, il s'ensuit qu'ils ne sont pas représentants les uns des autres, à l'effet de conserver les droits du créancier. De là on déduit les conséquences suivantes : la poursuite dirigée contre l'un des débiteurs n'interrompt pas la prescription contre les autres; la mise en demeure de l'un des débiteurs n'a aucun effet à l'égard de ses codébiteurs; si la chose périt par la faute de l'un d'eux, les autres sont libérés (1).

315. Quand, après avoir lu l'exposé de cette doctrine, on ouvre le code civil, on est très-étonné de ne pas y trouver une trace de la solidarité dite imparfaite; le mot n'y est point et la chose pas davantage. Le silence de la loi est décisif. C'est la solidarité légale que l'on dit être tantôt parfaite, tantôt imparfaite. Tout ce qui concerne la solidarité légale ne peut être établi que par la loi, soit les cas dans lesquels il y a solidarité légale, soit les effets de cette solidarité. Eh bien nous avons une section spéciale consacrée à la solidarité; le législateur fait-il une distinction entre la solidarité légale et la solidarité conventionnelle? Il n'y a qu'une seule disposition qui parle de la solidarité légale, c'est l'article 1202; et tout ce qu'il en dit, c'est que cette solidarité a lieu de plein droit, tandis que la solidarité conventionnelle doit être expressément stipulée. Du reste, la loi ne fait aucune différence entre la solidarité légale et la solidarité conventionnelle quant aux effets qu'elles produisent. Pour mieux dire, la

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 564 et 565.

loi ne connaît qu'une solidarité; peu importe qu'elle soit établie par convention ou par la loi, c'est toujours une seule et même solidarité; et comment une seule et même solidarité aurait-elle des effets différents? Certes il faudrait pour cela des dispositions formelles, puisque ce seraient des exceptions à une règle établie par la loi. Où sont ces exceptions? Les articles que l'on prétend inapplicables à la solidarité dite imparfaite sont conçus dans les termes les plus généraux; ils parlent des *débiteurs solidaires* sans distinguer s'ils sont débiteurs en vertu d'une convention ou débiteurs en vertu de la loi (art. 1205-1207). Chose singulière! Il n'y a qu'un seul article qui parle d'une obligation *contractée solidairement*; en s'attachant à la lettre de la loi, on pourrait dire que l'article 1203 ne s'applique qu'à la solidarité conventionnelle; cependant, dans l'opinion que nous combattons, on applique l'article 1203 à la solidarité légale, imparfaite ou parfaite, et avec raison; car la loi n'est point restrictive au fond, quoiqu'elle semble l'être dans les termes. Si l'on applique sans hésitation à tous les cas de solidarité légale la disposition de l'article 1203, qui suppose une obligation conventionnelle, il faut être conséquent et appliquer aussi à tous les cas de solidarité les articles 1205, 1206 et 1207 qui parlent des débiteurs solidaires en général.

Voilà les textes, et ils sont décisifs en cette matière, car il s'agit d'une solidarité établie par la loi dont les effets, par conséquent, ne peuvent être réglés que par la loi. Il y aurait les meilleures raisons du monde pour justifier, en théorie, les différences que l'on prétend faire entre quelques cas de solidarité légale et la solidarité conventionnelle, que l'interprète n'aurait pas le droit de les admettre; il ne lui appartient pas de créer des exceptions, car ce serait faire la loi. Il est donc inutile d'insister sur les motifs que l'on allègue pour justifier une distinction que le texte repousse: ils ne sont rien moins que décisifs. On prétend que la vraie solidarité ne peut exister qu'entre personnes qui se connaissent et qui ont des rapports fréquents, ce qui permet de supposer entre elles une société et, par suite, une représentation; et on ajoute

qu'il y a des cas de solidarité légale dans lesquels ces suppositions font défaut. Eh, qu'importe? On oublie que c'est le législateur qui parle et qui présume le lien de solidarité entre certaines personnes : ne peut-il pas attacher à cette présomption tous les effets que produit la solidarité conventionnelle? S'il peut présumer que les codébiteurs se sont engagés solidairement, quoiqu'ils n'aient manifesté aucune volonté, il peut aussi présumer qu'ils sont associés et mandataires les uns des autres. Cela décide la question (1).

316. Les éditeurs de Zachariæ admettent aussi une solidarité imparfaite; leur théorie se rapproche, à certains égards, de celle que nous venons de combattre; sous d'autres rapports, elle en diffère. Parmi les dispositions de la loi qui prononcent la solidarité, disent MM. Aubry et Rau, il en est qui ne font que déclarer la volonté des parties : telle est la solidarité entre plusieurs commodataires et entre les comandants; c'est une solidarité conventionnelle plutôt que légale, elle produit tous les effets de la solidarité stipulée par contrat. On admet encore que la solidarité entre la mère tutrice et le mari cotuteur, ainsi que celle que la loi établit entre les exécuteurs testamentaires, produisent les effets de la solidarité conventionnelle, parce qu'elles se rattachent à une obligation préexistante résultant de l'acceptation ou de la délation de fonctions indivisément confiées aux codébiteurs. Ne peut-on pas répondre aux savants jurisconsultes que nous combattons à regret que cette solidarité n'a rien de commun avec une convention? Ce n'est certes pas par sa volonté que le mari est débiteur solidaire, c'est la loi qui lui impose cette solidarité, et elle la lui impose malgré lui, les époux ne pourraient pas déclarer qu'ils entendent ne pas se soumettre à la solidarité. La loi qui impose une responsabilité solidaire malgré les parties intéressées, n'est-elle pas libre de régler les effets de cette solidarité comme elle l'entend?

Nous laissons de côté la solidarité commerciale, que

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 215 et suiv., nº 135 *bis* II. Demolombe, t. XXVI, p. 219, nº 287, et p. 220, nº 288.

l'on assimile également à la solidarité conventionnelle, et nous passons aux cas de solidarité dite imparfaite. Ce sont les cas dans lesquels le législateur établit une responsabilité solidaire dans des vues d'ordre public, ou pour la garantie de certains intérêts. Quel vague dans les idées et dans les expressions! Telle est la responsabilité du subrogé tuteur (art. 1442), des colocataires (art. 1734) et des coauteurs d'une infraction pénale. On met sur la même ligne la responsabilité du second mari quand la femme conserve indûment la tutelle (art. 395). Quel arbitraire dans ces distinctions! Les exécuteurs testamentaires sont déclarés par la loi *solidairement responsables*. Voilà bien une *responsabilité solidaire*, aux termes de la loi, elle est établie pour la *garantie de certains intérêts :* pourquoi est-ce une solidarité parfaite, tandis que la responsabilité du subrogé tuteur n'engendre qu'une responsabilité imparfaite? L'arbitraire est inévitable quand l'interprète se mêle de faire la loi. Que l'on compare la théorie de Mourlon et celle des éditeurs de Zachariæ : l'un admet une solidarité parfaite là où les autres admettent une solidarité imparfaite; preuve que tous font la loi, chacun à sa guise : est-ce là la mission de l'interprète?

Nous arrivons aux conséquences. La *responsabilité* solidaire, dans les cas que nous venons d'énumérer, ne produit pas directement et par elle-même une solidarité parfaite; le créancier a seulement le droit d'agir pour le total contre chacun des débiteurs; il ne peut pas invoquer les autres effets de la solidarité conventionnelle. Sur ce point, MM. Aubry et Rau sont d'accord avec Mourlon; mais une fois la condamnation solidaire prononcée par le juge, ils admettent que toutes les règles de la solidarité conventionnelle deviennent applicables (1).

317. A l'appui de cette théorie l'on invoque la tradition romaine; on avoue néanmoins que les commentateurs modernes ne sont point d'accord sur le point de savoir si la condamnation prononcée pour le tout, dans un cas de responsabilité légale, convertit cette responsabilité en

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 19-21, § 298 *ter*.

une véritable obligation solidaire. Nous répondons que la tradition romaine n'a d'autorité que sous une condition, c'est que les auteurs du code aient connu cette tradition et qu'ils aient entendu la consacrer. Est-il besoin de dire que les auteurs du code n'ont pas puisé les dispositions qu'ils empruntent au droit romain dans le Digeste et bien moins encore dans les commentateurs du Digeste? La seule et unique source à laquelle ils aient puisé, c'est Pothier. Or, Pothier ignore la distinction de la solidarité parfaite et de la solidarité imparfaite; il la rejette implicitement en attribuant à un des cas de solidarité dite imparfaite les effets de la solidarité conventionnelle (1). Cela est décisif pour ce qui regarde l'interprétation du code. Le code procède de Pothier, il ne procède pas des commentateurs modernes du Digeste. C'est une erreur étrange, à notre avis, que d'introduire dans le code civil une doctrine enseignée par Ribbentrop et Fritz. Qu'importe ce que disent ces savants professeurs d'Allemagne? Les auteurs du code n'ont pas pu soupçonner ce que Ribbentrop et Fritz enseignent; et on veut qu'ils aient consacré des distinctions dont ils n'avaient pas le soupçon! Ne dirait-on pas que nous vivons encore sous l'empire des compilations de Justinien et qu'il s'agit de savoir quel est le sens de telle ou telle loi des Pandectes? Il est si vrai que la doctrine que l'on veut introduire dans le code Napoléon n'est pas française, que l'on ne trouve pas même de termes français pour rendre des idées qui sont toujours restées étrangères au droit français : les interprètes du code sont obligés de parler latin pour faire comprendre ce qu'ils disent. Ils parlent d'une obligation *in solidum* et d'une obligation *correalis;* ils parlent d'une condamnation *in solidum* comme si le préteur dictait toujours ses sentences. C'est ce système d'interprétation que nous combattons de toutes nos forces. Non, notre code n'est pas romain, il est français; il ne procède pas de Justinien, il procède de nos coutumes. La science allemande n'a rien à faire dans nos débats. Que dis-je? Elle ne sert qu'à les obscurcir, au lieu

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 264.

d'y apporter la lumière. Nous rappelons les interprètes du code au respect du texte : ce ne sont pas des lois obscures du Digeste qu'il s'agit de concilier, nous avons des lois claires et précises, et le droit romain n'est plus que de l'histoire.

Quant à la doctrine sur laquelle, au dire d'Aubry et Rau, les interprètes romains eux-mêmes sont en désaccord, elle implique une distinction que nous repoussons, parce qu'elle n'a aucun fondement dans nos textes, ni aucun appui dans notre tradition. On dit que les cas de *responsabilité* solidaire ne produisent qu'une solidarité imparfaite : où est la preuve? Nous l'attendons toujours et nous l'attendrons longtemps, car c'est une preuve impossible. On dit que cette responsabilité imparfaite devient une responsabilité parfaite du moment que le juge a prononcé sa sentence. Voilà encore une distinction dont nous cherchons vainement la démonstration. Que fait le juge? Il ne crée rien, il déclare ce que veulent les parties ou la loi; il ne crée certes pas la solidarité conventionnelle, il ne crée pas davantage la solidarité légale. C'est la loi qui établit la solidarité dans les cas qu'elle détermine, c'est aussi elle qui en règle les effets; le juge n'intervient que pour déclarer ce que veut la loi, et ce qu'elle veut est clair comme la lumière du soleil : elle ne connaît qu'une solidarité, donc le juge ne peut pas en créer deux (1).

II. *Y a-t-il solidarité en matière de délits civils?*

318. La question que nous venons de discuter n'est guère débattue qu'à l'école, la pratique l'ignore. Mais les principes ont toujours leur importance, car ils ont des conséquences inévitables dans la vie réelle. Voilà pourquoi nous consacrons de longues pages à les établir et à les rectifier. Nous allons appliquer les principes que nous venons de poser à une question qui se présente tous les jours. Aux termes de l'article 1382, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui

(1) Comparez Demolombe, t. XXVI, p. 225, nº 289.

par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Si le dommage est causé par plusieurs personnes, sont-elles solidairement responsables? La jurisprudence admet la solidarité, elle est si bien fixée, que les cours ne prennent plus la peine de motiver leurs arrêts. Mais l'unanimité de la jurisprudence cache des dissentiments profonds. Il ne suffit point de dire qu'il y a solidarité, il faut en déterminer les effets : est-elle parfaite? est-elle imparfaite? Nous laissons pour le moment la jurisprudence de côté pour interroger la doctrine.

319. Les premiers auteurs qui ont écrit sur le code Napoléon se sont prononcés contre la solidarité, à l'exception de Delvincourt. Il est facile à Toullier d'établir que les coauteurs d'un fait dommageable ne sont pas tenus solidairement des dommages et intérêts. Ce ne pourrait être qu'une solidarité légale, et y a-t-il une solidarité légale sans loi qui la prononce? Delvincourt invoque les lois romaines. Toullier répond qu'à compter du jour où le code civil a été promulgué, le droit romain a cessé d'avoir force de loi (loi du 30 ventôse an XII, art. 7). La réponse paraît naïve, tant elle est simple : cependant que de fois on doit rappeler la loi du 30 ventôse an XII aux plus savants interprètes du code! Delvincourt cite encore l'article 1734 qui prononce la responsabilité solidaire contre tous les locataires d'une maison incendiée. Toullier répond qu'en fait de solidarité on ne doit jamais raisonner par induction ou par argument d'un cas à un autre; l'article 1202 s'y oppose en établissant comme principe que la solidarité ne peut résulter que d'une stipulation expresse ou d'une disposition de la loi. Or, il n'existe aucune loi qui soumette à la solidarité les auteurs d'un délit civil ou d'un quasi-délit. L'article 55 du code pénal de 1810 prononce la solidarité contre les auteurs d'un même crime ou d'un même délit. Cette disposition est de stricte interprétation, d'abord comme disposition pénale, ensuite comme établissant une solidarité légale. Cela est si vrai que, sous l'empire du code pénal français, on admettait généralement que les auteurs d'une contravention n'étaient pas solidairement responsables des amendes, des restitutions, des

dommages-intérêts et des frais. A plus forte raison ne peut-on pas invoquer l'article 55 pour en induire la responsabilité solidaire en matière de délits civils. Duranton est du même avis, il critique la jurisprudence qui commençait à se prononcer, quoique avec hésitation, pour la solidarité (1).

320. Nous croyons que cette opinion est la bonne : pas de solidarité légale sans loi et il n'y a pas de loi qui l'établisse pour les délits civils ni pour les quasi-délits. Les auteurs modernes se sont écartés de la rigueur des principes, en même temps qu'ils ont oublié le respect de la loi en admettant une solidarité virtuelle. Nous avons combattu la prétendue solidarité virtuelle (n° 287) ; nous rejetons aussi l'application que l'on en fait à la responsabilité qui naît d'un fait dommageable. La théorie de la solidarité virtuelle aboutit à faire la loi ; nous allons en donner la preuve en exposant la doctrine des auteurs qui admettent la solidarité dans le cas de l'article 1382. Est-ce une véritable solidarité ou est-ce une solidarité imparfaite? Sur cette question capitale, les auteurs se divisent ; nous connaissons déjà l'opinion de Mourlon qui n'est pas partagée par les éditeurs de Zachariæ (nos 314 et 316). Presque chaque auteur a son système. Les plus logiques, ceux qui conservent encore quelque respect pour la loi, disent que les auteurs d'un délit civil sont solidairement responsables, au même titre que les locataires d'une maison sont responsables de l'incendie, sans distinguer entre une solidarité parfaite et une solidarité imparfaite. La solidarité résulte, selon eux, de la nature même des faits dommageables. Pourquoi la solidarité a-t-elle lieu de plein droit en matière d'infractions pénales? Ce n'est pas, dit-on, tant à raison du caractère criminel du fait qu'à raison de sa communauté et de son indivisibilité entre les coauteurs ou les complices. Comme il est impossible de déterminer la part de chacun d'eux, soit dans la perpétration du fait, soit dans ses conséquences dommageables, chacun d'eux doit nécessairement, et par la *force*

(1) Toullier, t. XI, 1, p. 117, nos 150 et 151. Duranton, t. XI, p. 228, n° 194.

même des choses, être considéré comme étant individuellement la cause du dommage et être *réputé* avoir seul commis le fait tout entier, indépendamment de la participation des autres. Il doit donc personnellement tout le dommage, et de cette obligation même de réparer le dommage dans sa totalité, comme s'il en était seul auteur, il résulte qu'il en est tenu solidairement (1).

Il suffit de lire cette argumentation pour se convaincre que la solidarité virtuelle est établie, non par le législateur, mais par l'interprète. Qu'est-ce qu'une solidarité qui naît de la *force des choses?* Voilà une idée très-peu juridique et que les auteurs du code se sont bien gardés de consacrer. Chaque auteur du fait dommageable, dit-on, *doit être réputé* seul auteur du dommage. *Doit être réputé!* N'est-ce pas là une présomption basée sur ce qui arrive ordinairement? Et appartient-il à l'interprète d'établir des présomptions légales, car il s'agit d'une présomption virtuellement légale? On dit qu'il est impossible de diviser le fait d'où naît l'obligation des divers débiteurs. N'est-ce pas confondre l'indivisibilité avec la solidarité? Veut-on dire seulement qu'il est impossible aux tribunaux de diviser la condamnation aux dommages-intérêts, parce que l'on ne peut pas déterminer la part que chacun a prise dans le fait dommageable, ni, par conséquent, la part qu'il doit supporter dans la réparation? C'est le système de la jurisprudence; nous y reviendrons. Notons seulement que la division est si peu impossible que les auteurs accordent à celui des débiteurs qui a été condamné pour le tout un recours contre ses codébiteurs, et ce recours naturellement se divise. Si le recours est divisible, il faut bien que l'obligation le soit.

Notre conclusion est que l'obligation des coauteurs d'un délit civil n'est pas solidaire, ni en vertu du texte de la loi, ni virtuellement. La conséquence est très-simple: c'est que l'obligation se divisera et en cas de contestation le juge réglera la division d'après la nature du fait dommageable et d'après les circonstances de la cause.

(1) Larombière, t. II, p. 606, n° 22 de l'article 1202 (Ed. B., t. II, p. 45).

321. La solidarité virtuelle est généralement admise dans la doctrine, mais grandes sont les divergences d'opinion entre les divers auteurs. Il est inutile d'entrer dans ces détails. Il faut cependant nous arrêter à la doctrine d'un auteur que nous regrettons de devoir si souvent combattre; l'autorité dont M. Demolombe jouit en France nous fait un devoir de prouver combien son opinion, dans notre débat, est arbitraire et inconséquente.

M. Demolombe ne fait que développer l'opinion émise par M. Colmet de Santerre, sans doute d'après l'enseignement de leur maître commun, M. Demante (1). On avoue qu'il n'y a pas de solidarité en matière de faits dommageables, non prévus par le code pénal; il y a différents débiteurs à raison d'un fait qui cause un dommage. Chacun des débiteurs est-il responsable pour le tout? Telle est la question capitale. On répond affirmativement parce que chacun de ceux qui ont participé au fait dommageable a causé le dommage pour le tout; le nombre des coupables ne peut pas diminuer la responsabilité de chacun d'eux. L'argument est, au fond, identique avec le raisonnement sur lequel les partisans de la solidarité virtuelle fondent leur doctrine. Nous y avons répondu d'avance. Quand il y a plusieurs débiteurs, comment sont-ils tenus chacun? La doctrine et la loi répondent: l'obligation se divise. Il n'y a d'exception à la division que lorsqu'il y a solidarité ou indivisibilité. Dans l'espèce, les auteurs que nous combattons déclarent que l'obligation n'est ni solidaire ni indivisible. Cela ne décide-t-il pas la question? Si les débiteurs ne sont pas dans l'une des deux exceptions, ils restent sous l'empire de la règle; donc la dette se divisera entre eux. Que dit-on pour échapper au principe et à la conséquence qui en découle? M. Demolombe accumule les considérations de fait; à notre avis, ce ne sont pas des arguments, ce sont des phrases : Pourquoi l'obligation de l'article 1382 est-elle *in solidum?* « Parce que telle est sa nature propre et constitutive, c'est sa manière d'être, elle est comme cela et pas

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 218, n° 135 *bis* II.

autrement. » Voilà des affirmations; mais où est la preuve? On affirme encore qu'il n'y a là aucune dérogation au droit commun. Quoi! le droit commun est que la dette se divise quand il y a plusieurs débiteurs, et quand une dette ne se divise pas, cela ne déroge pas au droit commun! C'est une exception et toute exception demande un texte. Il faut donc dire avec MM. Aubry et Rau : « La responsabilité légale n'a lieu *in solidum* qu'autant que cet effet lui a été formellement et explicitement attribué par une disposition de la loi. » Que répond-on à cette proposition que l'on peut appeler évidente, puisqu'elle résulte de la nature exceptionnelle de la responsabilité solidaire? C'est que cette responsabilité pour le tout a lieu par la *force même des choses*, par la *nécessité des situations* (1). Nous demandons si la *force des choses*, et la *nécessité des situations* sont des arguments juridiques qui justifient la dérogation à un principe fondamental de droit.

Quand on se met en dehors et au-dessus de la loi, on tombe nécessairement dans l'arbitraire, et la force des choses conduit à l'inconséquence. M. Demolombe commence par établir qu'il n'y a pas deux solidarités, qu'il n'y en a qu'une. Et il finit par revenir à la distinction des deux solidarités, une solidarité parfaite et une solidarité imparfaite; seulement, à cette dernière il donne un nom latin, en l'appelant obligation *in solidum*. Qu'importe le nom, si de fait l'obligation *in solidum* produit l'effet principal de la solidarité, tandis qu'elle ne produit pas les autres? Il fallait donc dire qu'il en résulte une solidarité imparfaite. M. Demolombe ne veut pas que la responsabilité de l'article 1382 soit appelée solidaire; effectivement, il déclare que les articles 1205, 1206 et 1207 ne lui sont pas applicables, mais il applique l'article 1200; chacun des débiteurs peut être contraint pour la totalité, et le payement fait par un seul libère les autres envers le créancier. Il applique encore l'article 1208 : le créancier peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choi-

(1) Demolombe, t. XXVI, p. 253 et suiv., n° 295.

sir. C'est-à-dire que l'obligation *in solidum* produit le principal effet de l'obligation solidaire, celui qui la caractérise, celui que la loi y attache dans la définition qu'elle en donne, et elle ne produit pas les autres effets qui découlent du principe. Voilà bien une solidarité imparfaite, quoiqu'on ne veuille pas lui donner ce nom.

M. Demolombe avoue qu'il n'y a pas de loi qui attribue à la responsabilité de l'article 1382 l'effet qu'il lui reconnaît. Il fait donc la loi et il la fait, comme la font toujours les interprètes, très-mal, parce que l'interprète, enchaîné, quoi qu'il fasse, par la loi, n'a point la liberté d'action qui est nécessaire au législateur. De là d'inévitables inconséquences. La *force des choses* et la *nécessité des situations* que l'on invoque ne signifient autre chose sinon que le créancier a le droit de poursuivre chacun des débiteurs pour le tout, parce que chacun est auteur du fait dommageable pour le tout, ce qui implique que son action ne peut pas se diviser. Le débiteur poursuivi doit donc payer le total de la dette. Aura-t-il un recours contre ses codébiteurs? La justice et l'équité veulent qu'il ait un recours; pourquoi lui seul payerait-il le tout, alors qu'il y a d'autres obligés qui sont également tenus de toute la dette? Il a un recours, la dette se divisera entre les codébiteurs; que devient donc l'indivisibilité de la responsabilité sur laquelle on fonde l'obligation *in solidum?* Si le débiteur a un recours divisé, pourquoi le créancier n'aurait-il pas une action divisée? Et s'il a une action divisée, pourquoi refuse-t-on au débiteur poursuivi le droit de mettre ses codébiteurs en cause pour faire diviser la condamnation? La contradiction est patente, et ici l'on touche du doigt que les auteurs font la loi au lieu de se borner à l'interpréter. Le législateur pourrait, sans doute, disposer que le créancier a une action pour le total et ne pas admettre la division de la condamnation afin de mieux assurer le payement de la réparation qui lui est due. Mais l'interprète ne le peut pas, parce qu'il est lié par le principe qui lui commande de diviser l'action dès que la dette n'est ni solidaire ni indivisible. A ce principe, on prétend échapper en invoquant la *force des choses*, et

il se trouve que la force des choses qui, dit-on, ne permet pas la division de l'action, n'empêche pas la division du recours. Contradiction au point de vue des principes que le législateur seul peut résoudre (1).

322. Nous arrivons à la jurisprudence. Si nous n'écrivions que pour les besoins de la pratique, nous pourrions nous dispenser de combattre la jurisprudence, car elle est plus solidement assise que la loi, elle est inébranlable. Mais, à nos yeux, il n'y a d'autre autorité que celle de la loi, nous la maintiendrons contre la cour de cassation qui aurait dû s'en constituer la gardienne. La cour dit que le principe, que la solidarité doit être expresse, ne s'applique qu'à la solidarité conventionnelle; cela résulte *évidemment*, dit la cour, des termes de l'article 1202. Dire qu'une chose est *évidente*, c'est affirmer; ce n'est pas prouver. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 287) pour établir la proposition contraire. La cour ajoute qu'il en est autrement quand il s'agit de la réparation d'un dommage causé à autrui dans les cas prévus par l'article 1382 du code civil et de certains engagements qui se prennent sans convention. Nouvelle affirmation qui est en opposition ouverte avec l'article 1202. Quand la cour affirme qu'*il en est autrement*, cela veut bien dire qu'il y a solidarité dans le cas de l'article 1382, quoiqu'il n'y ait pas de loi qui l'établisse. Or, l'article 1202 dit que la solidarité doit être stipulée expressément et que cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi. Donc, il n'y a d'autre solidarité que la solidarité conventionnelle et la solidarité légale. La loi n'établit pas la solidarité pour la responsabilité incertaine des faits dommageables; de quel droit la cour de cassation l'admet-elle? Les auteurs ont cru échapper à la difficulté en appelant la responsabilité solidaire obligation *in solidum;* la cour de cassation n'en est pas encore venue à parler latin dans ses arrêts, elle reconnaît qu'il s'agit d'une obligation soli-

(1) Demolombe, t. XXVI, p. 239, nos 303-305; p. 237, n° 301, et p. 243, n° 309.

daire; elle n'est pas stipulée, donc il faudrait une loi d'après l'article 1202 : où est cette loi? La cour fonde la prétendue solidarité sur l'indivisibilité du fait dommageable (1). En supposant que le fait soit indivisible, il faudrait prouver que l'indivisibilité rend la responsabilité solidaire, et il faudrait une loi pour admettre cette responsabilité solidaire, car n'étant pas stipulée expressément, elle ne peut, dit l'article 1202, résulter que d'une disposition de la loi. Notre question revient : Où est cette loi? On la chercherait vainement dans le code, donc la cour de cassation la fait.

Il est impossible, dit la cour, de déterminer la proportion dans laquelle chacun des auteurs du fait dommageable a porté préjudice à la partie lésée (2). Admettons l'impossibilité, en résultera-t-il que l'obligation est solidaire? N'est-il pas de principe que toute dette qui a pour objet une chose divisible se divise? Il y a une loi qui établit ce principe (art. 1217). Et s'il n'y a pas de raison pour diviser l'obligation inégalement, elle se divisera par parts égales, d'après le nombre des débiteurs. C'est encore une loi qui le dit (art. 1220). Voilà le droit; pourquoi la cour n'applique-t-elle pas les principes que la loi consacre? Cette loi ne lui convient pas; en fait, elle peut avoir raison; mais de ce qu'une loi est mauvaise, en conclura-t-on que le juge peut la modifier et en faire une nouvelle? Que la cour fasse la loi, cela ne peut pas être contesté. On lit dans un arrêt de cassation : « Les auteurs d'un fait dommageable sont tenus de réparer le préjudice qu'ils ont causé par leur faute. Ils en sont tenus solidairement lorsque le fait est le résultat d'un concert entre eux et qu'ils y ont simultanément concouru. Dans ce cas, chacun des auteurs du quasi-délit doit être considéré comme étant individuellement la cause du dommage qui peut-être n'aurait pas eu lieu sans sa participation (3). » Tel est bien le motif pour lequel le code pénal établit la solidarité entre les coauteurs d'une infraction; mais n'a-t-il pas

(1) Rejet, 4 mai 1859 (Dalloz, 1859, 1, 314).
(2) Rejet, 7 août 1837 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 75, 1°).
(3) Cassation, 29 décembre 1852 (Dalloz, 1853, 1, 49).

fallu une loi pour cela? Le juge peut-il condamner solidairement le coauteur d'un fait dommageable par la raison qu'il *doit être considéré* comme étant la cause du dommage, lequel *peut-être* n'aurait pas eu lieu sans sa participation? Qui ne voit que c'est là une présomption, et la solidarité s'établit-elle par voie de présomption? le juge a-t-il le droit de condamner pour le tout un débiteur parce que *peut-être* il est coupable de tout le dommage causé? La cour érige ces simples probabilités en règle et elle en fait un principe de droit : « Attendu qu'en *règle générale* et en vertu des *principes* sur les engagements qui se forment sans convention, la réparation du préjudice causé par un fait dommageable indivisible peut être demandée pour le tout contre chacun des auteurs de ce fait (1). » L'article 1202 exige une loi pour qu'il y ait solidarité quand elle n'est pas expressément stipulée. Il n'y a pas de loi qui établisse la règle que nous venons de transcrire, donc c'est la cour qui la fait. C'est ce que la cour elle-même va nous dire. La disposition de l'article 55 du code pénal a certainement un caractère pénal, et cela est tout aussi certain de la solidarité que la jurisprudence admet pour les délits civils : condamner à la réparation de tout le dommage l'un des auteurs du fait dommageable, parce que *peut-être* il n'aurait pas eu lieu sans sa participation, c'est le punir, et c'est même le punir injustement, dans le cas où la supposition de la loi est en opposition avec la réalité des choses. La cour de cassation l'avoue : « Attendu que la solidarité a lieu de plein droit pour la réparation du dommage causé par des actes frauduleux et dolosifs, par cela même qu'il est impossible de déterminer dans quelle proportion chacun des auteurs de la fraude a porté préjudice à la partie lésée; que la *solidarité, dans ce cas, est la peine du quasi-délit qui a été commis* (2). » Voilà à quoi aboutit la cour de cassation : à établir une *peine* sans *loi pénale!* C'est donc elle qui fait la loi.

(1) Rejet, 20 juillet 1852 (Dalloz, 1852, 1, 247).
(2) Rejet, 12 janvier 1863 (Dalloz, 1863, 1, 303).

323. Les cours de Belgique ont la même jurisprudence et ne se donnent même pas la peine de motiver leurs décisions (1), de sorte qu'il nous est impossible de les combattre. Notre cour de cassation a décidé incidemment que le débiteur condamné pour un quasi-délit à réparer tout le dommage n'a point de recours contre son codébiteur (2). Cette décision non plus n'est point motivée. Elle est en opposition avec la doctrine (n° 321). Elle est aussi en opposition avec la tradition. Pothier suppose qu'un délit a été commis par quatre personnes; leur dette est solidaire, dit-il, chacun est débiteur solidaire à l'égard de la partie lésée, mais entre eux chacun est débiteur pour la part qu'il a eue au délit, c'est-à-dire chacun pour son quart (3). Tels sont les principes bien simples, c'est le droit commun appliqué à la solidarité pénale. Le droit commun doit aussi recevoir son application à la responsabilité de l'article 1382 : est-ce une obligation solidaire, chacun des débiteurs en est tenu pour le tout, sauf son recours : est-ce une obligation non solidaire, chacun des débiteurs est tenu pour sa part virile. Pothier n'hésite pas à admettre la divisibilité du fait dommageable. Qu'importe que l'on ne puisse pas préciser la part que chacun des débiteurs y a? Tout ce qui en résulte, c'est qu'ils sont tenus chacun pour sa part virile. Pothier renverse dans sa base la jurisprudence et la doctrine qui fondent la solidarité imparfaite ou l'obligatiou *in solidum* sur l'indivisibilité du fait dommageable.

324. La jurisprudence abuse étrangement de la solidarité et de l'indivisibilité. Quand les juges trouvent juste de prononcer une condamnation pour le tout, ils déclarent l'obligation solidaire ou indivisible, ou tout ensemble solidaire et indivisible; on dirait qu'il dépend d'eux de créer la solidarité et l'indivisibilité. Nous reviendrons sur les obligations indivisibles et sur la confusion qui existe, en cette matière, dans la jurisprudence. Ainsi il a été jugé que la dette alimentaire est solidaire et indivisible, tan-

(1) Bruxelles, 16 juin 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 354).
(2) Rejet, 26 mai 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 1, 185).
(3) Pothier, *Des obligations*, n° 264.

dis qu'en réalité elle n'est ni solidaire ni indivisible (1).

La jurisprudence a réellement créé une solidarité, celle des coauteurs d'un fait dommageable. S'il y a responsabilité solidaire en matière de quasi-délits, pourquoi ne l'admettrait-on pas en matière de quasi-contrats? La cour de cassation a refusé de consacrer cette nouvelle violation de la loi, elle a cassé un arrêt qui avait admis la solidarité pour la répétition de l'indû; dans l'espèce, il ne pouvait y avoir le moindre doute, car les sommes indûment payées l'avaient été divisément à chacun des prétendus créanciers (2). A notre avis, la décision devrait être la même si le payement avait été fait indivisément à plusieurs personnes. La raison de décider est très-simple : il n'y a d'autre solidarité que celle qui est expressément stipulée et celle qui est établie par la loi (art. 1202); or, la loi ne déclare pas l'obligation solidaire entre ceux qui ont reçu un payement indû, et il ne peut être question d'une solidarité expressément stipulée.

On a encore prétendu que les dommages-intérêts sont dus solidairement en matière d'obligations conventionnelles. Cette nouvelle déviation des principes paraît, au premier abord, très-naturelle. Tous les jours on invoque devant les tribunaux les articles 1382 et 1383 pour justifier une demande de dommages-intérêts, alors qu'il s'agit de l'inexécution d'un contrat; si cette doctrine était vraie, il en faudrait conclure que la responsabilité est solidaire dès que les débiteurs sont tenus des dommages-intérêts. Mais ici l'inexactitude et la confusion sont également évidentes. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur la théorie des fautes (3). L'article 1382 n'est applicable qu'aux délits civils et aux quasi-délits, c'est-à-dire, comme le dit la rubrique du titre IV, aux engagements qui se forment sans convention. S'agit-il d'une convention et de son inexécution, le débiteur est tenu de sa faute et des dommages-intérêts, non en vertu de l'article 1382, mais en vertu des dispositions du titre III concernant la faute et

(1) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 91, nos 66-68.
(2) Cassation, 22 juin 1824 (Dalloz, au mot *Effets de commerce*, no 265).
(3) Voyez le tome XVI de mes *Principes*, p. 292, no 230.

le dommage qui en résulte. Partant la solidarité devra être expressément stipulée pour qu'elle existe. Il ne peut donc être question d'appliquer la prétendue solidarité de l'article 1382 aux obligations conventionnelles. La cour de Paris l'a jugé ainsi. Dans l'espèce, le mandataire avait fait signifier, au nom de son mandant, un acte d'une nullité radicale; il devait indemniser le mandant des suites de la nullité, et l'huissier qui avait fait la notification était également responsable. Sur ce point, il n'y avait pas de doute, mais on prétendait que les deux débiteurs étaient tenus solidairement; la cour de Paris prononça une condamnation divisée. Il s'agissait, non d'un quasi-délit, mais de l'inexécution du contrat de mandat (1). Ce n'est pas à dire qu'il ne puisse y avoir un délit à l'occasion d'une convention; on applique, dans ce cas, les articles 1382 et 1383, comme nous le dirons en expliquant le titre qui est le siége de la matière.

325. Les dépens sont-ils dus solidairement par ceux qui y sont condamnés en matière civile? Il est certain que les dépens, comme tels, se divisent; c'est la peine du plaideur téméraire, et les peines sont personnelles, à moins que la loi, pour garantir le créancier et pour punir le coupable, ne prononce la solidarité, comme elle le fait en matière criminelle. Mais les dépens peuvent aussi être adjugés à titre de dommages-intérêts, et comme ce dommage ne résulte pas d'une obligation conventionnelle, l'article 1382 devient applicable et, par suite, la responsabilité solidaire que la jurisprudence admet (2).

Des actes frauduleux sont annulés; l'arrêt condamne les coupables aux dépens avec solidarité. Pourvoi en cassation pour violation de l'article 1202. La cour décida que l'arrêt avait respecté les principes de la matière, c'est-à-dire que les dépens ayant été prononcés à raison de la fraude et à titre de dommages-intérêts, il y avait lieu

(1) Paris, 18 avril 1836 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 306).

(2) Larombière, t. II, p. 610, n° 23 de l'article 1202 (Éd. B., t. II, p. 46). La jurisprudence est en ce sens. Voyez les arrêts cités par Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1488. Il faut ajouter cassation, 3 mars 1868 (Dalloz, 1868, 1, 155).

d'appliquer le principe de l'article 1382, tel qu'il est interprété par la jurisprudence (1). Dans l'opinion que nous avons enseignée, il va sans dire qu'il ne peut être question de solidarité sans qu'il y ait une loi qui l'établisse.

N° 3. DE L'EXTINCTION TOTALE OU PARTIELLE DE L'OBLIGATION SOLIDAIRE.

I. *Principe.*

326. Quand l'obligation solidaire est éteinte à l'égard de l'un des débiteurs, elle est, en général, éteinte à l'égard de tous. C'est la conséquence du principe qui régit l'obligation solidaire; elle est une par son objet, quoiqu'il y ait plusieurs liens personnels; ces liens individuels supposent l'existence d'une dette; là où il n'y a plus de dette, il ne saurait être question de solidarité. Mais pour que l'extinction de la dette entraîne la libération de tous les débiteurs, il faut naturellement que la dette soit éteinte pour le tout; si elle n'est éteinte que pour partie, le lien de la solidarité n'est point rompu, en ce sens que l'extinction de la dette n'a d'effet qu'à l'égard de celui des débiteurs dans la personne duquel il y a une cause d'extinction, elle n'aura pas d'effet à l'égard des autres. Reste à savoir quand il y a extinction totale ou partielle et quel est l'effet de l'extinction partielle à l'égard des débiteurs solidaires.

327. La mort du débiteur ne fait pas cesser son obligation; elle passe à ses héritiers, en se divisant entre eux si elle est divisible (art. 1220). Ce principe reçoit son application aux dettes solidaires. S'il y a trois codébiteurs solidaires d'une dette de 12,000 francs et si l'un d'eux vient à mourir, la dette solidaire se divisera entre ses héritiers; s'ils sont quatre, chacun d'eux ne sera tenu que de 3,000 francs. Pourquoi la dette, quoique solidaire, se divise-t-elle? C'est que la solidarité ne rend pas la dette indivisible, et la dette, restant divisible, doit naturellement se diviser. Cela n'empêche pas le lien solidaire de

(1) Rejet, chambre civile, 5 février 1856 (Dalloz, 1856, 1, 83). Dans le même sens, Rejet, 13 juillet 1857 (Dalloz, 1858, 1, 348).

se transmettre aux héritiers du débiteur; c'est un des éléments de la convention, et c'est la convention avec toutes ses clauses qui se transmet aux héritiers des parties contractantes. Seulement, à raison de la division de la dette, chaque héritier n'en est tenu solidairement que pour sa part héréditaire. Dans l'espèce, chacun des quatre héritiers doit le quart de la dette s'ils succèdent par part égale; chacun est donc tenu solidairement de 3,000 francs (1).

Le principe est incontestable et élémentaire. Cependant l'application en a été parfois contestée. Un acte de constitution de rente porte que la rente ne pourra être remboursée qu'en une seule fois; en résulte-t-il que les héritiers des débiteurs sont tenus solidairement au remboursement du capital et au payement des intérêts? Non, dit avec raison la cour de Bruxelles, car les dettes se divisent entre les héritiers, et la stipulation de solidarité n'empêche pas cette division de s'opérer (2).

328. L'article 2249 consacre une application du principe dans le cas d'interruption de la prescription (n° 306). Il s'applique encore en cas de faute ou de demeure. Si la chose due vient à périr par le fait de l'un des héritiers d'un débiteur solidaire ou pendant sa demeure, quel sera l'effet de cette perte à l'égard des autres héritiers et à l'égard des codébiteurs survivants? Celui qui est en faute ou en demeure n'est tenu que pour sa part héréditaire en qualité d'héritier, et pour le surplus il est tenu à raison de sa faute ou de sa demeure; de là suit que ses cohéritiers ne sont pas tenus de la perte pour leur part, car ils ne sont pas solidaires, en ce sens qu'ils ne répondent pas du fait ni de la faute de leur cohéritier, qui est un étranger par rapport à eux; mais ils sont solidaires à l'égard des codébiteurs solidaires pour leur part. Donc ceux-ci sont tenus de la part dont l'héritier coupable est tenu comme héritier et débiteur solidaire; pour ce qui excède

(1) Toullier, t. III, 2, p. 455, n° 747. Colmet de Santerre, t. V, p. 220, n° 136 *bis* II.

(2) Bruxelles, 25 juillet 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p. 470, et Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1400). Comparez cassation, 27 novembre 1839 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1345).

cette part, c'est une obligation qui leur est étrangère, puisque l'héritier n'en est pas tenu comme héritier.

Ce même principe s'applique aux intérêts moratoires, qui sont aussi une suite de la demeure du débiteur; seulement la mise en demeure ne peut résulter que d'une demande judiciaire. L'action formée contre l'héritier de l'un des débiteurs ne fait courir les intérêts que contre lui et contre les codébiteurs solidaires pour la part de l'héritier dans la dette ; les intérêts ne courent pas contre les autres héritiers, parce que la part de leur cohéritier dans la dette leur est étrangère. Si la demande était faite contre un des codébiteurs, les intérêts courraient contre tous les héritiers du débiteur décédé pour la part héréditaire de chacun d'eux, car tous ensemble sont tenus de toute la dette, sauf que la dette se divise entre eux (1).

328 *bis*. Les parties peuvent-elles stipuler que les héritiers seront tenus solidairement de toute la dette? Il a été jugé que cette convention est valable (2). C'était le droit commun sous l'empire de la coutume de Gand, en ce sens que les héritiers étaient tenus solidairement des dettes de la succession (art. 6, rubrique 26). D'après le code civil, au contraire, les dettes se divisent (art. 1220, 870, 871). Les parties peuvent-elles déroger à la disposition de la loi? Cela nous paraît douteux. N'est-ce pas faire une stipulation concernant une succession non ouverte? Toutefois, la loi admettant que les parties peuvent mettre le payement d'une dette divisible à charge de l'un des héritiers (art. 1221, n° 4), il en faut conclure qu'elles peuvent aussi mettre une dette solidaire à la charge de chacun des héritiers, sauf le recours de celui qui paye toute la dette contre ses cohéritiers.

II. *Des cas où l'obligation est éteinte pour le total.*

329. L'article 1200 dit que le payement fait par un seul des débiteurs libère les autres envers le créancier. C'est une conséquence de ce que la dette solidaire n'est

(1) Duranton, t. XI, p. 269, n° 218, et p. 272, n° 219.
(2) Bruxelles, 4 mars 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 57).

qu'une seule dette ayant un seul objet; elle ne peut donc être payée deux fois (1).

330. Aux termes de l'article 1281, la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires libère les codébiteurs. Par la novation, le créancier renonce à sa créance moyennant la nouvelle obligation qui remplace la première. Cette renonciation ayant pour objet la dette même, il y a extinction absolue comme par le payement; et quand il n'y a plus de dette, il ne peut plus y avoir de solidarité. Cela suppose que la renonciation est pure et simple. Le créancier peut exiger l'accession des codébiteurs à la nouvelle dette; dans ce cas, la novation est conditionnelle; si les codébiteurs refusent d'accéder au nouvel arrangement, il n'y aura pas de novation, l'ancienne créance subsistera et, par conséquent, aucun des débiteurs ne sera libéré (art. 1281). S'ils accèdent, la nouvelle dette sera solidaire comme l'était l'ancienne, car c'est là ce que l'on entend par l'accession des codébiteurs. Dans ce cas, les débiteurs solidaires sont libérés de l'ancienne dette, mais ils seront tenus de la nouvelle.

Quand il n'y a pas accession des anciens débiteurs, parce que le créancier ne l'a point stipulée, la nouvelle dette sera-t-elle solidaire? Pour qu'elle le soit, il faudra une stipulation expresse. En effet, on est sous l'empire du droit commun; la nature de l'ancienne dette ne détermine pas la nature de la nouvelle, les deux dettes étant tout à fait distinctes, sauf que la première sert de cause à la seconde. La cour de Paris s'est donc trompée en décidant que la nouvelle dette était solidaire lorsque le titre sous seing privé qui constate la première dette est remis volontairement aux débiteurs par le créancier, ce qui entraîne l'extinction de la dette, bien que, dans le titre nouveau, souscrit postérieurement par les mêmes débiteurs, la solidarité ne soit point stipulée : la solidarité n'ayant pas été stipulée expressément, il fallait décider que la nouvelle obligation n'était point solidaire (2).

331. « Lorsque le corps certain et déterminé qui était

(1) Toullier, t. III, 2, p. 450, n° 732.
(2) Demolombe, t. XXVI, p. 328, n° 393.

l'objet de l'obligation vient à périr, l'obligation est éteinte si la chose a péri sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure » (art. 1302). Ce principe s'applique aussi au cas où il y a plusieurs codébiteurs solidaires. Il ne peut plus y avoir de dette quand il n'y a plus d'objet, et sans dette il n'y a pas de solidarité. Mais si la chose a péri par le fait ou la faute de l'un des débiteurs solidaires, la dette subsiste, même à charge des débiteurs qui ne sont pas en faute ni en demeure (n° 311).

332. Quand une obligation est annulée, elle est censée n'avoir pas existé. S'il n'y a pas eu de dette, il n'y a jamais eu de solidarité. Cela suppose que la cause de nullité n'est pas personnelle à l'un des débiteurs. Si c'est pour incapacité ou vice de consentement que l'obligation est nulle, ces vices n'engendrant qu'une exception personnelle au débiteur incapable ou dont le consentement est vicié, la dette subsistera à l'égard des autres (nos 299 et suiv.).

333. L'article 1234 place la condition résolutoire parmi les modes d'extinction des obligations. Si elle affecte l'obligation elle-même, son accomplissement anéantit l'obligation et met les choses au même état que s'il n'y avait pas eu d'obligation : il n'y a plus ni dette ni débiteurs solidaires. Mais la condition résolutoire peut aussi n'être stipulée que par un seul des débiteurs ; dans ce cas, elle ne résoudra l'obligation qu'à son égard, la dette subsistera à l'égard des autres.

334. L'article 1234 place la prescription parmi les modes d'extinction de l'obligation. Nous dirons, au titre de la *Prescription*, en quel sens l'obligation est éteinte ; le créancier n'ayant plus d'action, les débiteurs sont libérés ; mais il suffit qu'il interrompe la prescription à l'égard de l'un des débiteurs pour qu'elle soit interrompue à l'égard de tous (art. 1206). A défaut d'interruption, la prescription s'accomplira au profit de tous les débiteurs.

L'application de ce principe a soulevé une difficulté sur laquelle il y a doute. Une femme souscrit, solidairement avec son mari, un billet à ordre de 5,000 francs. Le mari commerçant invoqua la prescription de cinq ans éta-

blie par l'article 189 du code de commerce. La femme non commerçante pouvait-elle l'invoquer comme codébitrice solidaire? La cour de cassation a décidé la question affirmativement. Elle se fonde sur l'article 1208 qui permet au codébiteur solidaire d'opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation; or, telle est la prescription. Il eût été plus exact de dire que la prescription forme une exception commune à tous les codébiteurs, de même que tous les autres modes d'extinction des obligations. La décision est douteuse, à notre avis; nous préférerions celle de la cour de Bordeaux qui a été cassée. Les causes d'extinction peuvent avoir un caractère personnel en tout ou en partie. Il ne suffit donc pas qu'une obligation soit éteinte pour que nécessairement tous les débiteurs puissent s'en prévaloir. Il faut voir si la cause d'extinction n'a pas quelque chose de personnel à l'un des débiteurs. Or, telle est bien la prescription quinquennale fondée sur la qualité de commerçant du souscripteur d'une lettre de change; lorsque le billet n'est pas souscrit pour opération de commerce, un non-commerçant ne pourrait l'invoquer, donc la femme non commerçante ne peut s'en prévaloir (1).

335. La suspension de la prescription soulève une difficulté plus sérieuse. D'après l'article 2257, la prescription est supendue à l'égard du débiteur solidaire, dont l'engagement est à terme ou sous condition; le créancier conserve donc son action contre lui. Conservera-t-il aussi son droit contre les autres? Nous avons déjà rencontré cette question en traitant de la solidarité entre créanciers et il nous a semblé que l'on ne pouvait pas appliquer à la suspension de la presciption ce que la loi dit de l'interruption (n° 264). Il en faut dire autant de la solidarité entre codébiteurs. Ils se donnent mandat de conserver la dette, en ce sens que si le créancier agit contre l'un d'eux, il est censé agir contre tous; on conçoit que sous ce rapport les codébiteurs soient considérés comme un seul et unique débiteur. Il n'y a rien de personnel dans l'inter-

(1) Bordeaux, 14 février 1849, et cassation, 8 décembre 1852 (Dalloz, 1849, 2, 81, et 1853, 1, 80).

ruption, tandis que les causes de suspension sont essentiellement personnelles. Le terme et la condition engendrent des exceptions purement personnelles au débiteur qui les a stipulés. Si l'exception est personnelle quant au débiteur, les conséquences qui en découlent quant à la prescription doivent aussi être personnelles; les codébiteurs ne peuvent invoquer le terme et la condition de celui qui ne s'est engagé que sous cette modalité; on ne peut pas davantage se prévaloir contre eux de la suspension ou de la prescription qui en résulte (1).

La question présente encore une autre face. Est-ce que le débiteur au profit duquel la prescription était suspendue peut invoquer la prescription accomplie au profit des autres? Le bénéfice du terme ou de la condition lui est purement personnel; il doit accepter les conséquences de la position qu'il s'est faite; le créancier ne peut pas agir contre lui, il conserve donc son droit contre le débiteur. Mais le conserve-t-il tout entier? Telle est la vraie difficulté. Si l'on s'en tenait au principe que chaque débiteur est considéré comme seul et unique débiteur, il faudrait dire que toute la dette est conservée. Mais ce principe ne doit pas être isolé de la prescription qui a couru contre le créancier au profit des codébiteurs. Ceux-ci sont libérés, donc le codébiteur, à l'égard duquel la dette subsiste, ne peut avoir aucun recours contre eux; et par la faute de qui perd-il ce recours? Par la faute du créancier qui a négligé d'agir contre les autres débiteurs. On peut donc appliquer par analogie ce que l'article 1285 dit en cas de remise de la dette faite au profit de l'un des codébiteurs; le créancier ne peut poursuivre les autres codébiteurs que déduction faite de la part des débiteurs auxquels il a fait la remise; il prive les codébiteurs de leur recours contre le débiteur déchargé de la dette, il est juste qu'il supporte les conséquences de son fait. De même, il doit aussi supporter les conséquences de la négligence dont il s'est rendu coupable en ne poursuivant pas le débiteur (2).

(1) Larombière, t. II, p. 629, nº 4 de l'article 1206 (Ed. B., t. II, p. 54).
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 233, nº 142 *bis* V. En sens contraire, Demolombe, t. XXVI, p. 348, nºs 412-414.

III. *Des cas où l'obligation est éteinte partiellement.*

1. DE LA CONFUSION.

336. L'article 1209 porte : « Lorsque l'un des débiteurs devient héritier unique du créancier, ou lorsque le créancier devient l'unique héritier de l'un des débiteurs, la confusion n'éteint la créance solidaire que pour la part et portion du débiteur ou du créancier ; » c'est-à-dire pour la part que doit personnellement supporter celui en la personne de qui s'est opérée la confusion (1). Au premier abord, l'article 1209 paraît contraire au principe de la solidarité. Le créancier à qui l'un des débiteurs solidaires succède pour le tout était créancier de toute la dette ; la créance devrait donc s'éteindre pour le tout. De même, chaque débiteur est débiteur de toute la dette ; lorsque le créancier succède à l'un d'eux, il se fait confusion pour toute la dette; pourquoi donc la dette ne s'éteint-elle que partiellement? La raison en est dans la nature particulière de la confusion. A proprement parler, la confusion n'éteint point la dette, elle empêche seulement le créancier d'agir, car il devrait agir contre lui-même. La confusion n'éteint la dette qu'à raison de cette impossibilité d'agir et, par conséquent, dans les limites de cette impossibilité. Quand il y a quatre codébiteurs solidaires, par exemple, la confusion qui s'opère dans la personne de l'un d'eux, ou dans la personne du créancier, n'empêche le créancier d'agir que pour la part de celui à qui il succède ou qui lui succède, mais elle ne l'empêche pas d'agir contre les autres; dès lors la raison de l'extinction par confusion cesse à leur égard, la dette subsiste donc pour la part dont ils en sont tenus (2).

337. L'article 1209 ne parle que du cas où le créancier est l'unique héritier de l'un des débiteurs, et l'un des débiteurs l'unique héritier du créancier. Il se peut aussi que le créancier ne succède que pour une partie, ou que

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 235, n° 143 *bis* II.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 276. Colmet de Santerre, t. V, p. 234, n°s 143 et 143 *bis* I.

le débiteur ne lui succède que pour une partie. Le principe reste le même; le créancier pourra demander la dette pour le tout, déduction faite de la part qu'il en doit supporter personnellement (1).

L'article 1209 est encore trop restreint sous un autre rapport. Il prévoit seulement le cas où la confusion s'opère par suite de succession; c'est le cas le plus usuel, mais il peut s'en présenter d'autres, par exemple, lorsque le créancier cède sa créance à l'un des débiteurs. Le principe reste le même : dès que les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il y a confusion et, par suite, on doit appliquer la disposition de l'article 1209.

2. DE LA COMPENSATION.

338. Il y a trois codébiteurs solidaires d'une dette de 12,000 francs : le créancier devient débiteur de l'un d'eux de la même somme ; la dette sera-t-elle éteinte par la compensation? L'article 1294 décide la question négativement : « Le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur. » Cette décision est en opposition avec les principes qui régissent la compensation et la solidarité. Chacun des trois débiteurs, dans notre espèce, est débiteur de la somme de 12,000 francs, comme s'il était seul et unique débiteur; donc quand le créancier devient débiteur de la même somme de l'un d'eux, il devrait y avoir compensation, puisqu'il y a deux personnes qui se trouvent débitrices l'une envers l'autre (art. 1289), et la compensation devrait s'opérer de plein droit, en vertu de l'article 1290. Cel est si vrai que si le créancier s'adresse au débiteur dont il est devenu le débiteur, celui-ci pourra lui opposer la compensation, il n'y a aucun doute sur ce point; et s'il l'oppose, la dette se trouvera éteinte; par suite, les autres codébiteurs, si le créancier les poursuivait, pourraient lui opposer l'exception résultant de l'extinction de la

(1) Voyez un exemple dans Colmet de Santerre, t. V, p. 236, n° 143 *bis* III.

dette (1). Or, dans le système du code, la compensation ne doit pas être opposée par le débiteur devenu créancier ; la compensation s'opère par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs (art. 1290). Les deux dettes sont éteintes, du moment qu'elles coexistent. Pourquoi le code déroge-t-il à ce principe quand l'une des dettes est solidaire ?

C'est sur la proposition du Tribunat que l'on ajouta à l'article 1294 la disposition dont nous demandons le motif. Elle est motivée comme suit dans les observations de la section de législation : « Si l'on pouvait opposer la compensation de ce qui serait dû à un autre qu'à soi-même, quoique cet autre fût un codébiteur solidaire, ce serait donner lieu à des difficultés sans nombre. Ce tiers se trouverait engagé dans des procès désagréables. Il faudrait examiner avec lui si la dette existe, jusqu'à quel point elle existe, si elle est susceptible de compensation, et il est naturel que la compensation n'ait lieu entre deux personnes que pour ce qu'elles se doivent directement l'une à l'autre (2). « Ces motifs n'ont pas paru satisfaisants aux auteurs, tous en donnent d'autres. En effet, si réellement la compensation soulevait toutes les difficultés que le Tribunat signale, il en résulterait qu'il n'y aurait pas lieu à compensation. L'une des conditions requises pour la compensation n'est-elle pas que les dettes soient liquides ? et une des dettes est elle liquide quand on ne sait si elle existe ou si elle n'existe point ? Les difficultés que le Tribunat craignait ne peuvent donc pas se présenter, car les codébiteurs ne peuvent pas l'opposer au créancier, si, comme on le suppose, l'existence même de la dette est douteuse.

Chaque auteur a son explication : nous croyons inutile de discuter toutes les opinions (3). Le législateur n'a eu

(1) Aubry et Rau, t IV, p. 26, note 20, § 298 *ter*, et tous les auteurs. Rejet, 24 décembre 1834 (Dalloz, n° 2705). Rouen, 30 juin 1810 (Dalloz, n° 2691).

(2) Observations du Tribunat, n° 57 (Locré, t. VI, p 134).

(3) Mourlon, t. II, p. 567. Aubry et Rau, t. IV, p. 25, note 18. Demolombe, t. XXVI, p. 335, n° 399. Comparez Colmet de Santerre, t.V, p. 230, n° 142 *bis* III.

d'autres motifs que ceux que nous venons de transcrire. Il faut donc s'y tenir et conclure que l'article 1294 est contraire à la rigueur des principes qui régissent la solidarité et la compensation.

339. Le codébiteur de celui qui est devenu créancier pourrait-il opposer la compensation pour la part que celui-ci doit supporter dans la dette? La question est très-controversée. Il nous semble que la négative résulte du texte et de l'esprit de la loi. L'article 1294 est absolu, il ne permet aucune distinction. Et le motif que le Tribunat a donné pour justifier la disposition qu'il a proposée ne comporte pas non plus de distinction; le Tribunat voulait prévenir les difficultés; or, les difficultés se présenteraient, s'il y en avait, pour la part du débiteur dans la dette, c'est-à-dire pour une fraction de la créance aussi bien que pour la créance entière. C'est aussi en ce sens que l'orateur du Tribunat s'est exprimé; il dit en termes absolus que les codébiteurs ne peuvent opposer la compensation des créances qui leur sont étrangères. Domat et Pothier enseignaient, il est vrai, le contraire; mais, dit Mouricault, les motifs qu'ils donnaient n'étaient pas concluants, au témoignage de Pothier lui-même; il conclut que c'est avec raison que le code a rejeté leur opinion (1).

5. REMISE DE LA DETTE.

340. Aux termes de l'article 1285, « la remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers. » Le code oppose la *décharge conventionnelle* à la remise tacite dont parlent les articles 1282-1284. Nous dirons plus loin que la remise tacite profite par sa nature même à tous les intéressés : le créancier qui se dépouille

(1) Mouricault, Discours, n° 33 (Locré, t. VI, p. 248). Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau, t. IV, p. 26, note 19, § 298 *ter*. Il faut ajouter, en faveur de notre opinion, Mourlon, t. II, p. 568, et Demolombe, t. XXVI, p. 339, n° 401, et un arrêt de rejet, 13 juin 1872, de la cour de cassation de Belgique (*Pasicrisie*, 1872, 1, 289).

de la seule preuve qu'il a contre ses débiteurs renonce par cela même à exiger sa créance contre eux. Il n'en est pas de même, en principe, de la décharge conventionnelle. Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Pourquoi la convention qui intervient entre le créancier et l'un des débiteurs a-t-elle effet à l'égard des autres? Il est difficile de justifier cette disposition. On objecte que le débiteur à qui le créancier fait la remise est débiteur du total de la dette, et considéré même comme s'il était seul et unique débiteur. Mais cet effet de la solidarité n'est établi qu'en faveur du créancier, et ne peut-il pas dire qu'il a encore d'autres débiteurs auxquels il n'a pas fait de remise? Tous les modes d'extinction des obligations ne peuvent pas être invoqués par tous les codébiteurs; il faut voir s'ils n'ont pas quelque chose de personnel. Or, la remise est à bien des égards un fait personnel. C'est une renonciation et les renonciations ne sont-elles pas de stricte interprétation? Quand la remise se fait à titre gratuit, il y a un motif de plus d'en limiter l'effet au débiteur à qui elle est faite (1).

341. Dans le système du code, il faut une réserve expresse du créancier pour qu'il conserve ses droits contre les autres débiteurs solidaires. Quel sera l'effet de cette réserve? L'article 1285 répond que le créancier ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise. Pourquoi les autres débiteurs ne peuvent-ils pas être poursuivis pour le total? Parce que le créancier par la remise qu'il fait au débiteur prive ses codébiteurs du recours qu'ils ont contre lui. Que si les codébiteurs conservaient un recours, la remise ne serait que partielle, tandis que dans l'intention du créancier, elle doit être totale; or, elle ne peut l'être que par l'extinction partielle de la dette à l'égard des codébiteurs contre lesquels le créancier se réserve ses droits.

Quelle est la part dont les codébiteurs sont déchargés? Quand les débiteurs sont tenus chacun de sa part virile,

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 238, n° 144 *bis* I. Mourlon, t. II, p. 569. Demolombe, t. XXVI, p. 330, n° 396.

n'y a pas de question; mais on suppose que la part réelle du débiteur libéré n'est point la part virile. Quelle est, en ce cas, la part que le créancier est censé remettre aux autres codébiteurs? En principe, c'est la part que les codébiteurs auraient pu réclamer contre le débiteur libéré, car ce n'est qu'à raison de ce recours qu'ils sont déchargés de la part pour laquelle ils auraient eu action contre lui. Il y aurait exception dans le cas peu probable où la part réelle est plus forte que la part virile, en supposant que le créancier ignore le fait; sa volonté sera alors de ne renoncer à sa créance, à l'égard des autres codébiteurs que pour la part virile du débiteur qu'il a déchargé, et c'est la volonté du créancier qui fait la loi, au moins lorsque la remise est gratuite. Si elle se faisait à titre onéreux, il faudrait rechercher, d'après la commune intention des parties contractantes, quelle est la part, réelle ou virile, que le créancier doit déduire de la créance (1).

342. L'article 2037 porte : « La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. » On demande si les débiteurs solidaires peuvent invoquer ce bénéfice. La question est très-controversée ; les auteurs tiennent presque tous l'affirmative, tandis que la jurisprudence s'est prononcée pour l'opinion contraire. Nous n'hésitons pas à nous ranger à ce dernier avis. La jurisprudence a un fondement inébranlable, c'est le texte et l'esprit de la loi. En traitant de la solidarité, le code dit quels sont les droits qui appartiennent aux débiteurs solidaires ; il ne leur donne pas le droit que l'article 2037 accorde à la caution. On ne pourrait donc le leur reconnaître que s'il y avait identité de motifs, c'est-à-dire si la position des débiteurs solidaires était la même que celle des cautions. Or, grande est la différence entre le cautionnement et la solidarité. La caution s'oblige uniquement dans l'intérêt du créancier pour rendre service au débiteur ; elle ne

(1) Mourlon, t. II, p. 569. Demolombe, t. XXVI, p. 332, n° 397.

retire aucun avantage personnel du contrat. On conçoit donc qu'elle ne s'oblige qu'accessoirement pour le cas où le créancier n'aurait aucun moyen d'obtenir l'exécution forcée de l'obligation contre le débiteur. Si le débiteur a accordé des garanties au créancier, telles que des hypothèques, ou si un privilége est attaché à la créance, la caution doit naturellement compter que ces garanties suffiront et qu'elle ne sera recherchée que si elles sont insuffisantes. C'est sous cette condition qu'elle s'oblige; elle doit encore compter sur ces garanties accessoires de la créance, si elle paye la dette, car elle est subrogéee et la subrogation la désintéressera, puisqu'elle pourra exercer tous les droits, priviléges et hypothèques qui appartenaient au créancier. Si celui-ci renonce à ces garanties, ou ne les conserve pas en négligeant de remplir les formalités prescrites par la loi pour leur conservation, il manque à la loi du contrat; il viole la condition sous laquelle la caution s'était engagée. Voilà pourquoi la caution est déchargée; la loi résout le cautionnement, parce que le créancier de son côté a rompu le contrat. Peut-on en dire autant des débiteurs solidaires? Non; chacun d'eux est débiteur principal, comme s'il avait seul contracté l'engagement, parce qu'il a un intérêt personnel dans l'obligation, intérêt qui est la cause de l'obligation qu'il a contractée. Il compte, sans doute, dans le cas où il payera la dette, sur les garanties que la loi lui donne contre ses codébiteurs, car il est subrogé, comme l'est la caution; mais cette subrogation n'est pas la condition de son engagement, il peut être poursuivi comme seul et unique débiteur. La seule condition de son engagement, c'est qu'il ait le recours que la loi lui assure et que le créancier ne l'en prive pas par son fait (art. 1285). Quand cette condition est remplie, il est tenu.

On objecte que l'article 2037 est une conséquence de l'article 1251 qui subroge aux droits du créancier les débiteurs solidaires aussi bien que la caution. Cette subrogation est un élément du recours; si le recours ne peut pas être enlevé au débiteur, le créancier ne doit pas non plus avoir le droit de lui enlever les garanties qui rendent

le recours efficace; à quoi bon le recours s'il devient illusoire par le fait du créancier? En théorie, l'objection est très-forte, et le législateur aurait dû en tenir compte. Mais la question est de savoir s'il l'a fait, c'est-à-dire si, dans sa pensée, la subrogation aux droits des créanciers est un élément essentiel du recours; or, le contraire résulte des articles 2033 et 2037. L'article 2033 donne à la caution qui a payé la dette un recours contre les cofidéjusseurs; si l'article 2037 était la conséquence forcée de l'article 2033, la disposition serait inutile; donc, dans l'esprit de la loi, le recours et la subrogation sont choses différentes; ce qui décide la question. La caution et le débiteur solidaires ont deux droits, le recours et la subrogation. S'agit-il du recours, le créancier n'en peut priver le débiteur solidaire pas plus que la caution. Quant à la subrogation, la loi dit bien que le créancier n'en peut priver la caution; elle ne le dit pas pour le débiteur solidaire, donc l'article 2037 ne peut être invoqué par lui (1).

343. On admet cependant qu'il y a des cas dans lesquels le créancier qui détruit les garanties qu'il avait contre l'un des débiteurs est responsable de son fait, en ce sens qu'il ne peut exiger des autres codébiteurs le payement de la dette que déduction faite de la part pour laquelle le débiteur était tenu. D'abord quand c'est par son dol qu'il a privé les codébiteurs des sûretés sur lesquelles ils devaient compter. Le dol fait toujours exception; celui qui s'en rend coupable répond du dommage qu'il cause par sa déloyauté. Le code consacre cette maxime traditionnelle en disposant que les conventions doivent être exécutées de bonne foi (art. 1134); et si le débiteur répond de sa faute, à plus forte raison est-il responsable de son dol. Il est vrai que le créancier n'est pas obligé, en principe, de conserver les sûretés attachées à sa créance; aussi son obligation ne naît-elle pas de l'inexécu-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 35, note 47, § 298 *ter*, et les auteurs qu'ils citent. Il faut ajouter Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 359, note 15, et Demolombe, t. XXVI, p. 427, n° 497. Comparez les arrêts cités par Aubry et Rau. L'opinion contraire était enseignée dans l'ancien droit par Dumoulin et Pothier, et elle est suivie par Merlin, Toullier, Duranton, Mourlon et Rodière.

tion de ses engagements, elle naît directement du dol (1).

On admet encore une seconde exception, sur laquelle il y a plus de doute. Les débiteurs solidaires peuvent stipuler que le créancier perdra son droit contre eux pour la part du débiteur à qui il fait remise des sûretés ou quand il laisse périr ces sûretés par son fait. Cette convention pourrait-elle aussi être tacite? On enseigne qu'elle peut résulter des circonstances de la cause (2). Cela nous paraît douteux. Il est vrai que les conventions peuvent être tacites, mais ce principe n'est plus applicable lorsque la convention consacre une exception au droit commun; les exceptions doivent, par leur nature, être stipulées formellement, une volonté tacite ne suffit point pour les admettre. Or, dans l'espèce, il y a dérogation au droit commun, puisqu'on pose en principe que l'article 2037 n'est pas applicable aux codébiteurs solidaires; pour qu'il le soit, il faut une stipulation expresse.

N° 3. DE LA REMISE DE LA SOLIDARITÉ.

344. Le créancier qui peut renoncer à sa créance par la remise qu'il en fait en tout ou en partie, peut à plus forte raison renoncer à la solidarité, puisque chacun peut renoncer aux droits qui sont établis en sa faveur. On suppose naturellement qu'il a la capacité d'aliéner, car toute renonciation est un acte de disposition. La renonciation peut être absolue ou relative. Elle est absolue quand le créancier fait remise de la solidarité à tous les codébiteurs. La loi ne prévoit pas cette hypothèse, d'abord parce qu'elle ne se présentera guère: on ne stipule pas des droits utiles pour y renoncer ensuite. Puis l'effet d'une remise pareille est si simple, qu'il ne valait pas la peine de le formuler; si les codébiteurs sont déchargés de la solidarité, ils deviennent des débiteurs conjoints, c'est-à-dire qu'on leur applique le droit commun que nous avons exposé plus haut. La renonciation du créancier est rela-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 36 et suiv., § 298 *ter*. Demolombe, t. XXVI, p. 433, n° 499.

(2) Demolombe, t. XXVI, p. 434, n° 500.

tive quand il décharge seulement l'un de ses débiteurs de la solidarité ; celle-là se conçoit, c'est un service qu'il rend au débiteur à qui il remet la solidarité, et ce service peut ne pas compromettre les intérêts du créancier si les codébiteurs qui restent tenus sont solvables ou ont donné des garanties.

La renonciation peut être expresse ou tacite. C'est le droit commun. On applique aussi le droit commun en ce qui concerne la renonciation, elle est de rigoureuse interprétation; car on n'admet pas facilement qu'un créancier renonce aux droits qu'il a stipulés, et surtout à la solidarité, qui est la condition sous laquelle il a contracté.

I. *De la remise expresse.*

345. Quand y a-t-il remise expresse? Cette question ne mériterait certes pas d'être posée, si ce n'était l'article 1210, dont le sens est vivement controversé. Une clause est expresse quand elle est stipulée en termes exprès. La remise de la solidarité est donc expresse quand le créancier déclare remettre la solidarité ou décharger de la solidarité tel débiteur. Peu importent les termes, puisqu'il n'y a jamais de termes sacramentels, mais il faut des termes quelconques. C'est ce que nous avons dit bien des fois quand la loi exige qu'une convention ou une clause soit expresse. Inutile d'y insister.

346. Quel est l'effet de la remise expresse de la solidarité? Ici nous entrons dans une série de difficultés. Il s'agit de savoir si l'article 1210 prévoit le cas d'une remise que le créancier fait de la solidarité. C'est notre avis. L'article 1210 est ainsi conçu : « Le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs conserve son action solidaire contre les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité. » L'effet de la remise est donc celui-ci : le débiteur déchargé de la solidarité reste débiteur, mais il cesse d'être débiteur solidaire, il n'est plus débiteur que de sa part dans la dette. Toutefois, comme nous le dirons plus loin en expliquant l'article 1215, le débiteur, quoique

déchargé de la solidarité, doit supporter sa part dans l'insolvabilité de l'un de ses anciens codébiteurs; la décharge de la solidarité n'est donc pas absolue. Quant aux autres codébiteurs, ils restent ce qu'ils étaient, débiteurs solidaires, mais le créancier ne peut les poursuivre que déduction faite de la part du débiteur à qui il a remis la solidarité.

Il nous faut voir d'abord les motifs de cette disposition; l'article 1210 est-il conforme aux principes qui régissent la solidarité, ou y est-il contraire? La loi dit deux choses : d'abord que la remise de la solidarité faite à l'un des débiteurs ne libère pas les autres. Sur ce premier point, il y a opposition entre l'article 1210 et l'article 1285. Quand le créancier fait remise de la dette à l'un des débiteurs solidaires, cette remise a effet à l'égard des autres, tous sont libérés. Quand il fait remise de la solidarité à l'un d'eux, cette remise n'a pas d'effet à l'égard des autres, ils restent tenus solidairement. Nous croyons que la disposition de l'article 1210 est plus conforme aux principes. C'est la doctrine de Pothier; la remise conventionnelle est une convention qui se passe entre le créancier et l'un des codébiteurs solidaires; or, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes : le créancier qui a trois débiteurs solidaires déclare décharger le premier, il ne décharge pas les deux autres; donc ceux-ci restent débiteurs solidaires. La décharge est une renonciation, et la renonciation à un droit ne se présume jamais; on doit donc toujours l'interpréter restrictivement. Cela décide la question dans le sens de l'article 1210 (1).

La loi dit ensuite que le créancier ne conserve son action solidaire contre les débiteurs non déchargés que sous la déduction de la part du débiteur à qui il a fait remise de la solidarité. Cette décision du code est contraire à l'opinion de Pothier et, à notre avis, contraire aux vrais principes. Pothier dit que le créancier qui a fait remise de la solidarité à l'un des débiteurs conserve son droit de

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 278. Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 96 (Locré, t. VI, p. 164).

solidarité contre les autres (1); et tel est le vrai principe. Pourquoi les codébiteurs ne peuvent-ils plus être poursuivis pour la part du débiteur déchargé de la solidarité? On n'en voit aucune bonne raison. Le débiteur déchargé reste débiteur de sa part, il reste même tenu des suites de l'insolvabilité de ses anciens codébiteurs solidaires; donc la remise de la solidarité que le créancier lui fait ne nuit en rien aux autres débiteurs, ils conservent tous leurs droits contre lui; de quoi se plaindraient-ils et pourquoi seraient-ils libérés d'une part de leur dette (2)? On dit qu'ils éprouvent un préjudice, parce qu'ils ont une chance de plus d'être poursuivis pour le tout (3), mais cette chance n'est-elle pas l'effet ordinaire de la solidarité? Et le créancier, en faisant remise de la solidarité à l'un des débiteurs, n'use-t-il pas de son droit? N'est-ce pas comme s'il disait qu'il va poursuivre les autres pour le tout? C'est son droit, et c'est l'obligation des débiteurs solidaires. Ainsi sous aucun rapport on ne porte atteinte à leurs droits; la disposition du code qui les décharge d'une part dans la dette est donc inexplicable.

347. C'est parce que l'article 1210 est contraire aux principes qu'on a essayé de lui donner une autre interprétation. Il suppose, dit-on, que le créancier décharge l'un des débiteurs de la solidarité au moment où celui-ci paye sa part dans la dette; et dans cette supposition il va sans dire que le créancier ne peut plus demander aux autres débiteurs la part de la dette qu'il a touchée. Cette interprétation est inadmissible. Le texte de la loi ne dit point ce qu'on veut lui faire dire. Il ne suppose pas que le débiteur déchargé de la solidarité paye sa part; toutes les expressions de l'article impliquent le simple fait de la remise de la solidarité. La loi commence par dire : « Le créancier qui *consent à la division de la dette* à l'égard de l'un des codébiteurs. » Cela veut-il dire que le créancier consent à recevoir un *payement divisé?* Le mot *payement*

(1) Pothier, *Des obligations*, n[os] 277.
(2) Bugnet sur Pothier, t. II, p. 131, note 1. Marcadé, t. IV, p. 481, n° I de l'article 1210.
(3) Colmet de Santerre, t. V, p. 242, n° 144 *bis* IV. Demolombe, t. XXVI, p. 401, n° 464.

ne se trouve pas dans le texte, et l'expression *consentir à la division de la dette* n'a point ce sens. Elle s'explique par la nature de l'obligation solidaire, et par l'article 1203 qui en déduit cette conséquence que le débiteur solidaire ne peut pas demander la *division* de la dette; donc consentir à la division, c'est renoncer à la solidarité. C'est ce que dit la fin de l'article 1210 : « sous la déduction de la part du débiteur qu'il a *déchargé de la solidarité.* » Il s'agit donc d'une simple décharge ou remise de la solidarité.

Si l'on admet cette interprétation, il en résulte que le cas que l'on prétend décidé par l'article 1210 n'est pas prévu par la loi. Et il était inutile de le prévoir. Il y a une dette solidaire de 12,000 francs et trois débiteurs. Le créancier reçoit 4,000 francs du premier et le décharge de la solidarité. Faut-il une disposition de la loi pour décider que celui à qui il est dû une somme de 12,000 fr. ne peut plus en réclamer que 8,000 quand il en a reçu 4,000? Une simple soustraction suffit pour cela. Il fallait, au contraire, une disposition formelle pour régler les effets de la remise de la solidarité, parce qu'il y a un doute quant à l'étendue de ces effets, et dès que la question était douteuse, il fallait la trancher. Le code l'a décidée contrairement à l'opinion de Pothier, contrairement aux vrais principes; mais il faut s'en tenir à sa décision, au lieu de violenter le texte pour lui faire dire autre chose que ce qu'il dit (1).

II. *Remise tacite.*

348. La loi prévoit plusieurs cas de renonciation tacite. Aux termes de l'article 1211, « le créancier qui reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, sans réserver dans la quittance la solidarité ou ses droits en général, ne renonce à la solidarité qu'à l'égard de ce débiteur. »

(1) Marcadé, t. IV, p. 481, n^{os} I et II de l'article 1210. Comparez, en sens divers, Duranton, t. XI, p. 286, n° 231; Aubry et Rau, t. IV, p. 33, et note 42, § 298 *ter*. Colmet de Santerre, t. V, p. 239, n° 144 *bis* II et 144 *bis* III.

Quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait remise de la solidarité dans cette première hypothèse (1)?

Il faut d'abord que le créancier reçoive divisément la part de l'un des débiteurs dans la dette. Ainsi dans une dette de 12,000 francs, le créancier reçoit du premier débiteur une somme de 4,000 francs; c'est la part que ce débiteur doit supporter dans la dette, puisque d'après l'article 1213 l'obligation solidaire se divise de plein droit entre les débiteurs qui n'en sont tenus chacun que pour sa part et portion. Recevoir un payement divisé, selon la part des débiteurs dans la dette ne suffit pas pour que l'on en puisse induire que le créancier renonce à la solidarité. Ce fait reçoit encore une autre interprétation, c'est que le créancier consent à recevoir un à-compte sur ce que le débiteur doit. Or, pour qu'il y ait renonciation tacite, il faut que le fait d'où on l'induit prouve nécessairement la volonté du créancier de renoncer à ses droits; dès qu'une autre interprétation est possible, on ne peut pas dire qu'il renonce, car personne n'est censé renoncer à des droits utiles qu'il a stipulés. Mais recevoir divisément la part que le débiteur doit supporter dans la dette est déjà une probabilité en faveur de la renonciation; car le créancier renonce par là à un droit que lui donne la solidarité, celui d'exiger le payement total de chacun des débiteurs; et comme il reçoit précisément *la part* de l'un des débiteurs, cela augmente la probabilité; recevoir une autre somme que la part, moins et surtout plus, c'est recevoir un à-compte, et de là on ne peut rien conclure.

Une seconde condition pour qu'il y ait renonciation tacite, c'est que la quittance porte que c'est *pour la part du débiteur* que le payement est fait; si la quittance ne contient pas cette mention, le créancier, d'après l'article 1211, ne sera pas censé remettre la solidarité au débiteur, bien qu'il reçoive de lui une somme égale à celle dont il est tenu. La loi exige cette seconde condition pour lever le doute que laissait la première sur l'intention du créancier.

(1) Duranton, t. XI, p. 287, nos 233, 234. Demolombe, t. XXVI, p. 405 et suiv., nos 469-473.

En donnant une quittance ainsi formulée, le créancier manifeste son intention de consentir à la division de la dette; ce qui, d'après l'article 1210, équivaut à renoncer au bénéfice de la solidarité.

Même quand ces deux conditions existent, le créancier peut encore conserver tous les droits que lui donne la solidarité, si, dans la quittance, il a réservé la solidarité ou ses droits en général. Le fait de recevoir un payement divisé selon la part des codébiteurs et d'en donner quittance n'est encore qu'une présomption de la volonté du créancier; la loi suppose que telle est sa volonté; mais la volonté exprimée l'emporte sur la volonté supposée. La réserve que fait le créancier de ses droits détruit toutes les probabilités qui résultaient du payement divisé qu'il a reçu; c'est une preuve qu'il n'a entendu recevoir qu'un à-compte.

L'explication que nous venons de donner de l'article 1211 est admise par tous les auteurs, sauf le dissentiment de Larombière sur l'une des conditions; il est inutile de s'y arrêter, puisque le texte est formel. La jurisprudence est conforme (1).

319. Le créancier demande un payement divisé en justice : sous quelles conditions y aura-t-il remise tacite de la solidarité? Au fond, ce cas est identique avec le premier; c'est ce que le texte du code indique : « Il en est de même, dit l'article 1211, de la simple demande formée contre l'un des codébiteurs *pour sa part*, si celui-ci n'a pas acquiescé à la demande ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation. » Les conditions sont donc les mêmes.

Il faut d'abord que le créancier demande une somme qui représente la *part* du débiteur dans la dette, et la demande doit porter que c'est *pour sa part*. Cela ne suffit point, il faut de plus le concours du consentement du débiteur. Quand il y a payement divisé, le débiteur consent par cela même qu'il offre sa part et le créancier consent

(1) Colmar, 31 juillet 1813, et Amiens, 22 janvier 1840 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1449).

en l'acceptant. Lorsque le créancier agit en justice, sa demande n'est qu'une manifestation unilatérale de sa volonté; il peut la rétracter tant que le débiteur n'a pas accepté la demande en acquiesçant ou, à défaut d'acquiescement, tant que le juge n'a pas condamné le débiteur à payer la part réclamée en justice. Dès que le débiteur acquiesce, la remise de la solidarité existe, et le jugement tient lieu de consentement. Il faut ajouter que le jugement doit être irrévocable, car si le jugement est attaqué, il est par cela même anéanti (art. 1262) (1).

350. Le créancier reçoit divisément et sans réserve la part de l'un des débiteurs dans les intérêts ou arrérages de la dette. Quel sera l'effet de ce payement partiel quant à la solidarité? L'article 1212 répond que le créancier perd la solidarité pour les arrérages ou intérêts échus. C'est l'application aux intérêts de ce que l'article 1211 dit du payement divisé du capital. Il faut donc les conditions que cet article exige, c'est-à-dire un payement fait pour la *part* du débiteur et une quittance donnée pour cette *part*, sans réserve. Cela ne fait aucun doute, bien que l'article 1212 ne parle pas de la déclaration que doit contenir la quittance; le but de la loi, dans cet article, n'est pas de déroger à la règle de l'article 1211; elle la rappelle simplement et, par suite, elle n'a point jugé nécessaire de répéter toutes les conditions.

L'article 1212 ajoute que le payement divisé des intérêts échus n'emporte pas renonciation à la solidarité pour les intérêts à échoir ni pour le capital. C'est l'application du principe qui régit la renonciation : on doit l'interpréter restrictivement. Le créancier qui renonce à la solidarité pour les intérêts échus n'entend pas renoncer à la solidarité pour les intérêts à échoir ni pour le capital (2).

351. Il y a un quatrième cas de remise tacite. Le payement divisé des intérêts est continué pendant dix ans consécutifs; dans ce cas, le créancier perd la solidarité pour le capital et les intérêts à échoir (art. 1212). Cette

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 243, n° 145 *bis* II. Pothier, *Des obligations*, n° 277.
(2) Duranton, t. XI, p. 290, n° 236.

décision est fondée sur une grande probabilité. Quand le créancier reçoit chaque année, pendant un laps de dix ans, le payement divisé des intérêts, il ne considère plus le débiteur comme solidaire; il renonce donc à la solidarité. On doit le croire d'autant plus qu'il dépend de lui de détruire cette présomption; il n'a qu'à faire ses réserves, et il suffit qu'il ait réservé ses droits dans une seule quittance donnée pendant ce long espace de temps pour que la présomption tombe et qu'il conserve tous ses droits.

Nous disons qu'il faut dix payements faits d'année en année. C'est l'opinion commune, elle se fonde sur le texte et sur l'esprit de la loi. L'article 1212 exige un *payement divisé* qui *continue* pendant dix ans *consécutifs*; il ne suffirait donc pas d'un seul payement comprenant les dix années échues : pourquoi? Parce que ce n'est qu'une seule manifestation de volonté, et la loi n'attache la présomption de renonciation qu'à une volonté répétée. Combien de fois doit-elle être répétée? Pendant dix ans consécutifs. La loi ne se borne pas à dire pendant dix ans, elle veut que ce soient dix ans *consécutifs*, ce qui implique que le créancier déclare chaque année la même intention. Dans l'opinion contraire, on se contente de trois payements; cela est tout à fait arbitraire, et cela n'est pas en harmonie avec l'esprit de la loi, car trois payements donnent certes une moindre probabilité que dix payements répétés d'année en année (1).

352. Quel est l'effet de la remise tacite? En principe, la remise tacite doit avoir le même effet que la remise expresse, car c'est un seul et même fait juridique basé sur la volonté du créancier; l'intention étant la même, les effets aussi doivent être les mêmes. Le code le dit pour la question de savoir si la renonciation est absolue ou relative; d'après l'article 1211, le créancier qui reçoit un payement divisé de l'un des débiteurs ne renonce à la solidarité qu'à l'égard de ce débiteur. Il en est de même des autres cas de renonciation tacite. Quant à l'effet de

(1) Mouricault, Discours, n° 33 (Locré, t. VI, p. 249). Duranton, t. XI, p. 290, n° 236, et la plupart des auteurs. En sens contraire, Demolombe, t. XXVI, p. 418, n° 491.

la remise tacite à l'égard des autres débiteurs, la loi n'en parle pas. Il y a deux cas dans lesquels il n'y a aucun doute : le créancier reçoit divisément la part de l'un des débiteurs dans le capital ou dans les intérêts ; il ne peut plus demander aux autres débiteurs le capital que sous déduction de ce qu'il en a touché, et les intérêts, en déduisant ce qu'il en a perçu, car il ne peut pas demander deux fois la même chose. Lorsque le créancier demande un payement divisé en justice, il ne reçoit rien, c'est une simple renonciation à la solidarité ; pourra-t-il encore demander aux autres débiteurs le total de la dette? Non, il faut appliquer à la solidarité tacite ce que la loi dit de la solidarité expresse (art. 1210). Peu importe que, dans notre opinion, cette disposition soit contraire aux principes, ce n'en est pas moins une règle établie par le code, il faut l'appliquer à la remise tacite, parce qu'il y aurait une inconséquence injustifiable à admettre pour la renonciation tacite un principe que le code a rejeté pour la renonciation expresse. Nous en disons autant du cas où la renonciation du créancier résulte du payement fait pendant dix ans des intérêts pour la part de l'un des débiteurs.

353. Peut-on admettre la renonciation à la solidarité en dehors des cas prévus par la loi? On dit que non, parce que nul ne doit être facilement présumé renoncer à son droit (1). Cela est trop absolu. Sans doute, les cas de renonciation prévus par la loi sont de stricte interprétation, en ce sens que dans ces cas la renonciation n'existe que sous les conditions déterminées par la loi. Mais il peut y avoir d'autres cas de renonciation tacite ; ce n'est pas là une question de droit, c'est une question de fait, comme dans tous les cas où le consentement est tacite. Les arrêts que l'on cite n'ont pas décidé que la renonciation tacite n'existe que dans les cas des articles 1211 et 1212, ils ont décidé que le débiteur qui se prétendait libéré de la solidarité ne l'était point. Dans les espèces jugées par ces arrêts, il n'y avait pas le moindre doute,

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Obligations*, n° 1457.

car les faits d'où l'on prétendait induire la libération de la solidarité étaient étrangers au créancier (1); peut-il y avoir renonciation à la solidarité ou, si l'on veut, libération de la solidarité sans le concours du créancier? La négative est trop évidente pour qu'il faille y insister.

§ III. *Effets de la solidarité entre les codébiteurs solidaires.*

N° 1. PRINCIPE GÉNÉRAL.

354. Il y a un lien entre les codébiteurs; ils ont consenti à être tenus pour une même dette, chacun pour le tout. Mais chacun n'a pas dans la dette commune un intérêt pour le tout; dès qu'il y a plusieurs personnes intéressées au payement d'une dette, comme à n'importe quel fait, l'intérêt se divise nécessairement. Il y a donc entre les codébiteurs solidaires un lien commun et un intérêt divisé. D'où résulte ce lien commun? Là où il y a une communauté établie par une convention, il y a société; les codébiteurs solidaires sont donc associés et, par suite, mandataires les uns des autres. Ce principe a toujours été admis pour toute solidarité. S'il n'explique pas tous les effets que la solidarité produit, d'après le code civil, en faveur du créancier, il suffit pour rendre raison des effets que la solidarité produit entre les codébiteurs.

Le lien commun qui unit les codébiteurs a cet effet que chaque débiteur a mandat de faire ce qui est utile à tous, donc tout ce qui peut améliorer leur position à l'égard du créancier. Ce principe donne lieu à des difficultés dans l'application. L'un d'eux obtient un jugement contre le créancier, les codébiteurs en profitent-ils? Nous reviendrons sur cette conséquence en traitant de la chose jugée. L'un des débiteurs défère le serment au créancier, celui-ci refuse de le prêter; c'est une transaction favorable à tous les créanciers, tous en profitent, comme nous le dirons au chapitre du *Serment* (2).

(1) Rouen, 14 floréal an IX (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 300). Douai, 16 novembre 1842 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2008).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 31, et notes 35 et 36, § 298 *ter*.

L'intérêt divisé que chaque débiteur a dans la dette ne peut pas être opposé au créancier, puisque à son égard chacun des codébiteurs est considéré comme seul et unique débiteur ; mais entre codébiteurs, cet intérêt particulier reprend tout son empire lorsque la dette est payée ; c'est le principe qu'il nous reste à développer.

N° 2. DIVISION DE LA DETTE.

355. « L'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion » (art. 1213). Cette division de la dette solid ire est une conséquence du principe traditionnel que nous venons de rappeler : les codébiteurs sont associés pour la dette. Ils y ont donc un intérêt divisé, comme le dit Pothier : « Chacune des personnes obligées est débitrice *pour soi* quant à la part seulement qu'elle a eue à la cause de la dette. » On doit supposer que cette part est la même pour chacun, sinon ceux dont la part est moindre auraient soin de le déclarer au contrat ; ils sont donc tenus tous pour leur part virile, sauf preuve contraire. Les codébiteurs sont admis à prouver que leur part dans la dette est inégale ; l'article 1216 le dit pour le cas où la dette a été contractée dans l'intérêt exclusif de l'un des débiteurs. Il en doit être de même dans le cas où la dette concerne tous les débiteurs, mais dans une proportion inégale (1).

356 A l'égard du créancier, les codébiteurs sont tenus chacun pour le tout, tandis qu'entre eux la dette se divise ; de là le principe du recours que doit avoir celui qui paye le total contre ses codébiteurs (art. 1214). Ce recours appartient à tous ceux qui, étant obligés solidairement, sont contraints de payer la dette pour le total, alors qu'ils ont des codébiteurs obligés au même titre : la dette doit se diviser entre eux, donc il y a lieu à recours. Cela est vrai même des coauteurs d'un délit. Il y a cependant des motifs de douter. La division de la dette solidaire et

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 245, n° 147 *bis* I.

le recours qui en résulte se fondent sur l'idée de la société et du mandat qu'elle implique; or, il ne peut pas y avoir de société pour un délit. Cela est vrai, mais il ne faut pas perdre de vue que la théorie du mandat n'est qu'une explication de la solidarité, explication qui n'est pas même admise par tous les auteurs; ce n'est pas une loi. Le législateur pose une règle générale dans les articles 1213 et 1214; elle doit recevoir son application à tous les cas, alors même que la théorie du mandat serait inapplicable. Il y a un autre motif juridique qui justifie suffisamment la division de la dette entre les auteurs du même délit et le recours de celui qui a été obligé de payer la dette tout entière. Par cela même que tous sont coupables, tous doivent subir la même peine; or, le payement des frais et dommages-intérêts est la conséquence du délit, tous doivent donc la subir, sinon l'un serait puni moins que l'autre; ce qui est inadmissible au point de vue pénal. Les principes du droit civil s'y opposent également : tous ceux qui ont causé le dommage en doivent répondre; si l'un d'eux paye toute la dette, il doit avoir un recours contre ses codébiteurs, sinon ceux-ci s'enrichiraient à ses dépens. C'est la doctrine de Pothier (1).

357. Il y a quelque incertitude dans la doctrine sur la nature de l'action qui appartient au débiteur contre ses codébiteurs. La loi l'appelle une action en répétition. Dans la doctrine traditionnelle, le recours est fondé sur la société qui existe entre les codébiteurs ; c'est une action personnelle. De plus, le codébiteur qui paye la dette est subrogé à l'action du créancier en vertu de l'article 1251, n° 3, ce qui lui donne droit aux garanties réelles qui assurent le payement de la créance (2). Un auteur moderne a contesté cette théorie; d'après M. Demolombe, la vraie cause, la cause unique du recours serait le payement fait par l'un des codébiteurs dans l'intérêt de ceux

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 264. Comparez Colmet de Santerre, t. V, p. 246, n° 147 *bis* III.

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 282. Colmet de Santerre, t. V, n° 147, et presque tous les auteurs. La jurisprudence est dans le même sens. Limoges, 8 août 1832 (Dalloz, au mot *Prescription civile*, n° 1060).

qui étaient débiteurs comme lui, et auxquels il a procuré leur libération (1). Il est vrai que le fait seul du payement par lequel on libère un tiers donne une action contre ce tiers, mais on demande quelle est cette action; si ce n'est pas l'action naissant du mandat, il ne reste que la considération d'équité qui engendre une action que Pothier appelle action utile de gestion d'affaires, et qu'à l'école on désigne sous le nom d'action de *in rem verso;* c'est une action moins favorable que celle du mandat, et celle de gestion d'affaires, puisque le demandeur doit prouver qu'il a fait un payement utile au débiteur qui est libéré et il n'a de recours que dans les limites de l'avantage qu'il lui procure. Est-ce là la théorie du code? Il suffit de lire l'article 1214 pour se convraincre du contraire. Celui qui a payé toute la dette peut répéter contre chacun de ses codébiteurs la part dont ils sont tenus dans la dette; il n'a rien à prouver, sinon le payement qu'il a fait. Cela prouve que les auteurs du code ont consacré implicitement la doctrine de Pothier, leur guide habituel.

358. Cela ne suffit pas encore pour expliquer l'article 1214. On demande pourquoi la loi divise le recours; la répétition n'étant admise contre les codébiteurs que pour les part et portion de chacun d'eux. Si le débiteur solidaire n'avait d'action qu'en vertu de la société qui est censée exister entre lui et ses codébiteurs, la réponse serait très-simple : associés pour des parts égales, ils doivent être tenus chacun pour une part virile. Mais le codébiteur a de plus l'action qui naît de la subrogation, et il peut avoir de ce chef une action hypothécaire; or, ces actions sont indivisibles. Le créancier avait une action pour le total contre chacun des débiteurs solidaires; c'est cette action qui, en vertu de la subrogation, passe au débiteur, puisqu'il est subrogé aux droits du créancier qu'il paye; donc il devrait avoir le droit de poursuivre chacun de ses codébiteurs pour le tout, déduction faite de la part que lui-même doit supporter dans la dette commune. S'il y a une hypothèque attachée à la créance, le subrogé

(1) Demolombe, t. XXVI, p. 360, nos 421 et 422.

devrait avoir l'action hypothécaire pour le tout, en vertu de l'indivisibilité de l'hypothèque. Pourquoi des actions indivisibles à l'égard du créancier subrogeant se divisent-elles quand elles sont exercées par le débiteur subrogé? La dérogation au droit commun est évidente. Pothier l'explique comme suit : « La raison est qu'autrement il se ferait un circuit d'actions, car celui de mes codébiteurs à qui j'aurais fait payer le total de la créance, ma part déduite, aurait droit en payant d'être pareillement subrogé aux droits du créancier sous la déduction de la part dont il est lui-même tenu, et, en vertu de cette subrogation, il aurait droit d'exiger de moi, sous la déduction de sa part, ce qu'il m'aurait payé, puisque je suis tenu moi-même solidairement. Je ne pourrais pas dire, pour me défendre de ce circuit, que je ne suis plus débiteur, ayant payé le créancier, car, au moyen de la subrogation, le payement que j'ai fait n'a éteint la dette que pour la part dont j'en étais tenu moi-même et non pour le surplus. Mais étant remboursé par mon codébiteur qui serait aussi subrogé, cette créance pour le surplus, et sous la déduction de la part dont il est lui-même tenu, passerait aussi en la personne de ce codébiteur; il aurait donc droit d'exercer contre moi les actions du créancier pour ce surplus et de me faire rendre ce qu'il m'a payé. » A quoi bon ce circuit d'actions, puisque, en définitive, chacun des débiteurs doit payer une part dans la dette, et uniquement cette part? N'est-il pas plus simple de diviser l'action immédiatement, lors du recours que le débiteur exerce contre ses codébiteurs (1)?

Cette explication n'a pas paru satisfaisante aux auteurs modernes, mais celles qu'ils donnent le sont encore moins, à en juger par la grande divergence d'avis qui règne en cette matière : chaque auteur a son système (2). Nous croyons inutile de discuter toutes ces théories, on peut opposer à toutes une fin de non-recevoir : c'est que les auteurs du code n'ont pas pu les consacrer, par l'ex-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 281.
(2) Mourlon, t. II, p. 573. Colmet de Santerre, t. V, p. 248, n° 148 *bis* I. Demolombe, t. XXVI, p. 371, n° 432.

cellente raison qu'ils les ignoraient. Il nous faut répondre cependant à une objection qu'un excellent auteur fait contre l'opinion de Pothier. M. Colmet de Santerre nie qu'il y ait circuit d'actions : il invoque la règle que le subrogé ne peut agir contre le subrogeant. La règle *Nemo censetur subrogasse contrà se* est-elle applicable à l'espèce? Nous ne le croyons pas. Elle signifie que la subrogation ne peut nuire au subrogeant; or, le circuit d'actions ne nuit pas aux codébiteurs, puisqu'il aboutit à faire payer à chacun ce qu'il doit. N'est-il pas plus naturel que ce payement divisé se fasse dès le principe?

359. Nous avons supposé que l'article 1214 déroge au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque aussi bien qu'au principe de la subrogation. Cela a été contesté. On a prétendu d'abord que si le débiteur solidaire payait le total de la dette sur une poursuite hypothécaire dirigée contre lui, il pourrait invoquer la règle générale de la subrogation. Il est certain que l'article 1214 ne pourrait pas être opposé à un tiers détenteur qui payerait toute la dette; mais le débiteur solidaire n'est pas un tiers détenteur, il est débiteur personnel et il reste débiteur personnel, quoiqu'il ait hypothéqué un de ses immeubles pour sûreté de la dette dont il est tenu solidairement; on doit, par conséquent, lui appliquer l'article 1214. La cour de Paris l'a jugé ainsi, et cela n'est pas douteux (1).

On a soutenu aussi, devant la cour de cassation de Belgique, que le recours divisé établi par l'article 1214 ne s'applique qu'à l'action personnelle que le débiteur a contre ses codébiteurs en vertu de la société qui les unit; si l'un des codébiteurs, disait-on, est détenteur d'un immeuble hypothéqué à la dette solidaire, ce n'est plus l'article 1214 que l'on doit appliquer, mais bien la règle qui régit la subrogation et ses effets. La cour a repoussé ce système comme étant contraire au texte et à l'esprit de la loi. Le texte des articles 1213 et 1214 est absolu; ils ne distinguent pas entre l'action personnelle et l'action hypothécaire; or, quand la loi est générale, l'interprète

(1) Paris, 30 ventôse an XIII (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1435).

ne peut pas y introduire une distinction qui aboutirait à modifier la loi. Toute distinction est d'ailleurs repoussée par les motifs mêmes de la loi, qui a eu pour but d'empêcher les circuits d'action et de restreindre les effets de la subrogation dans les limites qu'elle pose. Cela est décisif (1).

360. Le débiteur qui paye toute la dette se fait subroger conventionnellement aux droits du créancier. Pourra-t-il exercer les droits que donne la subrogation, c'est-à-dire agir pour le total contre ses codébiteurs sous déduction de sa part dans la dette? Non, il devra diviser son recours conformément à l'article 1214. Le code le décide ainsi dans un cas tout à fait analogue, celui où l'héritier paye, en vertu de l'hypothèque, la dette entière dans laquelle il ne doit supporter personnellement que sa part héréditaire; il n'a qu'un recours divisé contre ses cohéritiers, dit l'article 875, même dans le cas où il se serait fait subroger aux droits du créancier qu'il a payé. La raison en est simple et elle s'applique aussi aux codébiteurs solidaires. La subrogation conventionnelle est identique avec la subrogation légale, elle produit les mêmes effets. Qu'importe donc que celui qui est subrogé par la loi, se fasse subroger par convention? C'est un acte inutile qu'il fait. Il serait d'ailleurs contraire à tout principe que lorsque la loi veut empêcher un circuit inutile d'actions, en modifiant les effets de la subrogation, les parties intéressées eussent le pouvoir de déroger à une disposition qui tient à l'ordre public, puisqu'elle tend à prévenir des actions inutiles (2).

361. Quel est l'objet du recours que le débiteur a contre ses codébiteurs? L'article 1214 dit que c'est une répétition; le débiteur peut répéter ce qu'il a payé, déduction faite de sa part. Peut-il réclamer les intérêts de cette avance? Ici il importe de préciser l'action en vertu de laquelle il agit. Si l'on admet la doctrine traditionnelle de la société, la solution n'est point douteuse. La société

(1) Cassation, 17 décembre 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 1, 63). Comparez Duranton, t. XI, p. 297 et suiv., n° 244.

(2) Duranton, t. XI, p. 296, n° 244 et tous les auteurs.

implique un mandat; or, si c'est comme mandataire que le débiteur paye toute la dette, il peut invoquer l'article 2001, aux termes duquel l'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant à dater du jour des avances constatées. Il y a des auteurs qui invoquent aussi l'article 2028, d'après lequel la caution qui a payé a son recours contre le débiteur principal, tant pour le capital que pour les intérêts. Cela est contestable; à la vérité, on dit que les codébiteurs solidaires sont cautions les uns des autres pour tout ce qui dépasse la part de chacun dans la dette commune. Mais ceux-là mêmes qui font cette assimilation avouent qu'il y a des différences considérables entre les cautions et les débiteurs solidaires; il vaut donc mieux laisser de côté les règles spéciales qui régissent le cautionnement pour s'en tenir à la doctrine traditionnelle de la société et du mandat (1).

362. Quand l'un des codébiteurs solidaires se trouve insolvable, dit l'article 1214, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit par contribution entre les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le payement. Pourquoi tous les codébiteurs répondent-ils de l'insolvabilité de l'un d'eux? C'est une conséquence du lien qui les unit. Ils sont associés : ils profitent du bénéfice de cette association, en ce sens que tous peuvent invoquer ce que l'un d'eux fait de favorable quant à la dette (n° 254); ils doivent aussi répondre tous de ce qui arrive de défavorable à l'un d'eux : c'est la loi de l'égalité qui doit régner entre associés, et cette loi serait blessée, sans motif aucun, si celui qui, par un simple accident, la volonté du créancier, a payé toute la dette, devait supporter seul la perte résultant de l'insolvabilité. En ce sens les auteurs disent que les débiteurs solidaires sont garants les uns envers les autres; l'obligation de se garantir des suites de l'insolvabilité de l'un d'eux est une conséquence de la société: entre associés les pertes doivent se diviser comme les bénéfices (2).

(1) Duranton, t. XI, p. 303, n° 246. Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 32, note 38, § 298 *ter*.
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 249 et suiv., n° 149 *bis* I et II.

363. L'application du principe a donné lieu à une difficulté que l'article 1215 a tranchée, mais cette disposition a soulevé de nouvelles controverses. On suppose que le créancier fait remise de la solidarité à l'un des débiteurs ; il dirige ensuite sa poursuite contre un autre codébiteur et il se trouve qu'il y a un codébiteur insolvable. Question de savoir si le débiteur déchargé de la solidarité doit supporter une part dans l'insolvabilité. L'article 1215 répond : « La portion des insolvables sera contributoirement répartie entre tous les débiteurs, même ceux précédemment déchargés de la solidarité par le créancier. » Au premier abord, on est tenté de croire que cette disposition viole le principe qui régit l'effet de la solidarité. Les débiteurs conjoints mais non solidaires ne sont pas tenus de se garantir de l'insolvabilité ; si les codébiteurs solidaires doivent cette garantie, c'est par un effet de la solidarité. Or, l'un des codébiteurs est déchargé de la solidarité, il devient donc simple débiteur conjoint. N'en faut-il pas conclure qu'il n'est pas tenu de supporter une part dans la perte résultant de l'insolvabilité?

Il y a des auteurs qui, convaincus que les principes s'opposent à ce que le débiteur déchargé de la solidarité soit encore tenu comme débiteur solidaire en ce qui concerne la garantie de l'insolvabilité, ont essayé de donner une autre interprétation à l'article 1215 (1). D'après eux, la répartition contributoire qui se fait entre les codébiteurs et le débiteur déchargé n'a pas pour objet d'obliger celui-ci à payer sa part dans la perte ; le seul but de cette répartition est de faire le calcul de la part que chacun des débiteurs doit supporter dans l'insolvabilité; quant à la part qui aurait été à charge du débiteur libéré de la solidarité, c'est une perte que le créancier doit prendre sur lui, car c'est par son fait que les codébiteurs sont privés du recours qu'ils auraient eu contre le codébiteur si le créancier ne lui avait fait remise de la solidarité. Cette interprétation de l'article 1215 est inadmissible, elle est en opposition avec le texte et avec l'esprit de la loi. L'ar-

(1) C'est l'opinion assez générale : Delvincourt, Toullier, Duranton, Aubry et Rau (t. IV, p. 33, note 43, § 298 *ter*).

ticle dit clairement que les codébiteurs *contribuent* tous dans la perte de l'insolvabilité ; or, contribuer veut dire payer ; le mot a certes ce sens quand il s'agit des codébiteurs qui restent solidaires ; il doit avoir le même sens quand il s'agit du codébiteur déchargé de la solidarité ; conçoit-on qu'une seule et même expression ait deux sens différents dans une seule et même phrase? Nous disons que l'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. Les auteurs du code ont suivi l'avis de Pothier, ce qui prouve déjà que la disposition de l'article 1215 ne saurait être, comme on le prétend, en opposition avec les principes de la solidarité. La difficulté que l'article 1215 décide est moins une question de droit qu'une question d'intention. Il s'agit de savoir si le créancier qui remet la solidarité à l'un des débiteurs entend le décharger des risques de l'insolvabilité pour prendre ces risques à son compte. Telle n'est certes pas l'intention du créancier ; on ne peut du moins pas la lui supposer, car il en résulterait qu'il renonce à une partie de sa créance, alors qu'il veut seulement décharger le débiteur de l'action solidaire qu'il aurait pu exercer contre lui ; le créancier le délie de la solidarité quant à lui, il ne le délie pas à l'égard de ses codébiteurs. Telle est l'explication que l'orateur du gouvernement donne de l'article 1215. « Le créancier, dit Bigot-Préameneu, n'est pas le maître de rompre le lien de droit qui existe entre les débiteurs ; s'il divise la dette à leur égard, on ne doit pas en conclure qu'il ait interverti les recours respectifs des codébiteurs entre eux ; la division de la dette n'a pu être consentie ni acceptée que sauf le droit d'autrui. Ainsi le codébiteur déchargé de la solidarité envers le créancier a dû compter qu'il lui restait encore une obligation à remplir à l'égard de ses codébiteurs en cas d'insolvabilité de quelques-uns d'entre eux. » On voit que l'orateur du gouvernement ne suppose pas même que les codébiteurs puissent avoir un recours contre le créancier ; dès lors ils doivent en avoir un contre le débiteur déchargé (1).

(1) Exposé des motifs, n° 95 (Locré, t. VI, p. 164). Colmet de Santerre, t. V, p. 251, n° 150 *bis* I. Demolombe, t. XXVI, p. 375, n°s 437-441.

364. Les principes qui régissent le recours reçoivent exception lorsque l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires. Celui-ci, d'après l'article 1216, sera tenu de toute la dette à l'égard des autres codébiteurs, qui ne seront considérés, par rapport à lui, que comme ses cautions. Cela arrive tous les jours dans les entreprises de travaux publics. Le gouvernement exige deux cautions pour garantir l'exécution des obligations de l'entrepreneur et les droits qu'il aura à exercer contre lui ; ces cautions doivent s'obliger solidairement ; l'Etat a donc trois débiteurs solidaires, contre lesquels il a tous les droits qui résultent de la solidarité (1). Peu importe que deux de ces débiteurs ne soient que cautions du troisième, cela regarde les rapports des codébiteurs entre eux. Le codébiteur-caution pourra donc être tenu de payer toute la dette ; il aura, dans ce cas, un recours pour le total contre l'entrepreneur, qui est le seul vrai débiteur. Et si l'entrepreneur avait payé la dette, il va sans dire qu'il n'aurait aucun recours contre ses cautions (2).

365. L'assimilation que l'on fait à tort entre les débiteurs solidaires et les cautions a donné lieu à une question controversée. Dans les cas prévus par l'article 2032, la caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur afin d'être indemnisée. On demande si, par analogie, l'un des débiteurs solidaires peut, après que la dette est échue, mais avant d'avoir payé, agir contre les autres pour les contraindre à contribuer avec lui au payement de la dette commune. La question est singulière. Pour que l'on puisse argumenter par analogie, il doit y avoir même motif de décider, et il faut que la disposition que l'on veut appliquer par analogie soit une règle de droit commun. Or, le droit que l'article 2032 donne à la caution tient à la nature toute spéciale du cautionnement ; c'est un service d'ami rendu par la caution ; on conçoit donc que la loi se montre favorable à la caution, tandis

(1) Cassation, 19 prairial an VII (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 203, 1°).
(2) Duranton, t. XI, p. 292, n° 241, et tous les auteurs.

qu'elle est sévère pour le débiteur qui reçoit un service gratuit. La solidarité, au contraire, est un acte intéressé: pourquoi l'un des débiteurs aurait-il une action contre l'autre avant d'avoir payé? Nous croyons inutile d'insister pour démontrer une erreur qui est évidente (1).

SECTION VI. — Des obligations divisibles et indivisibles.

§ Ier. *Notions générales.*

No 1. SOURCES.

366. Dumoulin, l'oracle du droit coutumier, a écrit une monographie sur l'indivisibilité; le titre est un peu prétentieux : *Extricatio labyrinthi dividui et individui.* Pourquoi la matière des obligations indivisibles était-elle considérée comme un labyrinthe dont il faut chercher la clef? Il y a dans le Digeste des textes obscurs ou contradictoires qu'il s'agit de concilier pour en déduire des règles certaines. Dumoulin crut qu'il y avait réussi. Sa confiance était excessive, dit Duranton. Peu nous importent aujourd'hui les textes romains, c'est de l'histoire. Nous aurions préféré que le grand jurisconsulte eût consulté sa raison pénétrante, au lieu de s'engager dans le dédale des autorités. Tout son labeur a été inutile, en ce sens que la théorie qu'il croyait être celle des jurisconsultes romains n'est point la théorie romaine. Elle a cependant été acceptée comme telle par Pothier, qui ne s'est pas pas plus inquiété que Dumoulin de rechercher si les prétendues règles empruntées au droit romain étaient fondées en raison. Les auteurs du code civil ont fait de même, ils se sont bornés à formuler en articles les enseignements de Pothier. On a vivement critiqué la doctrine consacrée par le code. Toullier dit que la théorie de Dumoulin, reproduite par le législateur français, est abstruse et inintelligible; l'auteur français avoue avec une louable

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 32, note 41, § 298 *ter*. Riom, 18 août 1840 (Dalloz, au mot *Obligations*, no 1439). En sens contraire, Rodière, p. 97, no 131; Larombière, t. II, p. 694, no 3 de l'article 1216 (Éd. B., t. II, p. 78).

candeur qu'il n'est pas parvenu à concevoir une idée claire et précise des obligations indivisibles et de leur nature(1). Les éditeurs de Zachariæ disent que ces reproches sont exagérés (1). Nous n'entrons pas dans ce débat. Notre travail est une exégèse du code; nous y cherchons les principes de notre droit positif, sans négliger la raison des lois, mais aussi sans les soumettre à une critique qui aboutirait à formuler un nouveau code. Quand nous invoquons la tradition, c'est pour éclairer la législation actuelle. Nous ferons de même pour les obligations indivisibles. Pothier sera notre guide, puisqu'il a été celui du législateur. Mais il faudra tenir compte des innovations que les auteurs du code ont apportées à la doctrine de Pothier, dans la matière de l'indivisibilité et surtout dans la théorie générale des obligations.

N° 2. DÉFINITION.

367. L'article 1220 porte : « L'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers. » C'est l'application d'un principe élémentaire en matière de payement. « Le débiteur, dit l'article 1244, ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le payement d'une dette, même divisible. » Le débiteur doit payer ce qu'il s'est obligé à prester; or, c'est la chose entière qu'il a promise, c'est donc la chose entière non divisée qu'il doit payer. Cela suppose qu'il n'y a qu'un créancier et qu'un débiteur; s'il y avait plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers, la dette ou la créance se diviseraient d'après le nombre des débiteurs et des créanciers. La loi le dit (art. 1220) quand le débiteur ou le créancier meurent laissant plusieurs héritiers; chacun des héritiers est, dans ce cas, débiteur ou créancier dans la proportion de son droit héréditaire, en supposant que l'obligation soit divisible. Si l'obligation était indivisible, chacun des héri-

(1) Toullier, t. III, 2, p. 457, n° 749, et p. 481, n° 782.

tiers du débiteur serait tenu de toute la dette, et chacun des héritiers du créancier pourrait exiger la totalité de l'obligation (art. 1222 et 1224). Ce que le code dit du cas où le débiteur et le créancier laissent plusieurs héritiers reçoit aussi son application au cas où il y a, dès le moment du contrat, plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers. L'obligation se divise entre eux quand elle est divisible, tandis qu'elle ne se diviserait pas si elle était indivisible. De là suit que la question de savoir si une obligation est divisible ou indivisible ne présente d'intérêt que dans les cas où il y a plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers. Tant qu'un créancier unique est en présence d'un débiteur unique, on applique le principe de l'indivisibilité du payement, alors même que la dette serait divisible. Aussi l'article 1220 suppose-t-il, pour que l'obligation se divise en cas de mort du débiteur et du créancier, qu'il y ait plusieurs héritiers; si chacun ne laissait qu'un seul héritier, on resterait sous l'empire de la règle que l'article 1220 formule : entre un créancier unique et le débiteur, l'obligation, même divisible, doit être exécutée comme si elle était indivisible. Quand donc importe-t-il de savoir si une dette est divisible ou indivisible? Lorsqu'il y a plus d'un créancier ou plus d'un débiteur.

368. L'article 1217 définit l'obligation divisible en ces termes : « C'est celle qui a pour objet ou une chose qui, dans sa livraison, ou un fait qui, dans l'exécution, est susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle. » C'est donc la nature de l'objet d'une obligation qui décide si l'obligation est divisible : elle est divisible si l'objet est divisible.

Qu'entend-on par objet divisible? D'après l'article 1217, il peut y avoir deux espèces de divisions, une division matérielle et une division intellectuelle; l'une, dit Pothier, se fait en parties réelles et divisées, l'autre se fait en parties intellectuelles et indivisées. Lorsqu'on partage un arpent de terre en deux, en plantant une borne au milieu, la division est matérielle; les parties du fonds qui sont séparées l'une de l'autre par la borne sont des parties réelles et divisées.

Il n'est pas nécessaire qu'une chose soit matériellement divisible pour que l'obligation soit divisible, il suffit qu'elle soit susceptible d'une division intellectuelle. Bien des choses ne comportent pas une division matérielle. Un cheval, dit Pothier, un plat d'argent ne sont pas susceptibles de division matérielle, car on détruirait leur substance si on voulait les séparer en parties réelles et divisées. Mais ces choses comportent une division intellectuelle, car elles peuvent appartenir à plusieurs personnes pour une part indivisée; donc l'obligation de les livrer est une obligation divisible.

Quand l'obligation a pour objet un fait, elle est divisible si le fait est susceptible d'une division matérielle ou intellectuelle. Je m'oblige à vous livrer cent pièces de toile; l'obligation est divisible, car la prestation peut se diviser. Toutes les obligations de faire des choses qui peuvent se livrer au fur et à mesure de leur confection sont divisibles; la loi elle-même le dit : aux termes de l'article 1791, lorsqu'il s'agit d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, la vérification peut se faire, et elle est censée faite pour toutes les parties payées, si le maître paye l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait (1).

De ce qu'un objet est susceptible de division intellectuelle ou matérielle, il ne faut pas conclure qu'elle puisse toujours être payée divisément. Nous dirons plus loin que, dans l'intention des parties contractantes, le payement doit souvent se faire indivisément, alors même que l'obligation est parfaitement divisible.

369. Pothier distingue trois espèces d'indivisibilités: l'indivisibilité absolue, l'indivisibilité d'obligation et l'indivisibilité de payement. Le code a reproduit ces distinctions. L'article 1217 définit l'indivisibilité absolue : c'est celle qui a pour objet une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution n'est pas susceptible de division, ni matérielle, ni intellectuelle. On l'appelle indivisibilité absolue parce que la chose ou le fait qui est l'objet de l'obligation est par sa nature non susceptible de

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 288. Duranton, t. XI, p. 321, n° 261.

parties, tellement que les parties ne pourraient pas, quand même elles le voudraient, stipuler ou promettre pour partie une chose ou un fait qui ne saurait être divisé. Telles sont, dit Pothier, les servitudes réelles, un droit de passage, par exemple. Il est impossible de concevoir des parties dans un droit de passage, par conséquent on ne pourrait le promettre ni le stipuler pour partie (1). Toullier a contesté l'indivisibilité des servitudes. « Toute servitude, dit-il, a un but, un objet plus ou moins étendu, plus ou moins limité; je puis avoir le droit de passer à pied, à cheval, en voiture, de passer pour aller puiser de l'eau chez mon voisin, pour me rendre à l'église, au marché (2). Sans doute, mais le but dans lequel on peut stipuler l'exercice d'un droit n'a rien de commun avec l'essence de ce droit : j'ai le droit de passer à pied, vous avez le droit de passer à cheval; pouvons-nous, l'un ou l'autre, passer pour un tiers ou un quart? Nous passerons pour le tout, ou nous ne passerons pas; donc le droit est indivisible, bien que l'exercice du droit puisse être limité; l'indivisibilité dépend, non de l'exercice, mais de l'objet.

Toullier a raison dans un autre point de sa critique, c'est que l'indivisibilité des servitudes ne produit presque jamais une obligation indivisible en droit moderne. Dans l'ancien droit, les servitudes, de même que la propriété, n'étaient pas acquises au créancier par le seul fait de la convention : il fallait la tradition. Lors donc que le propriétaire d'un fonds promettait une servitude de passage par ce fonds, il contractait l'obligation d'une chose indivisible, partant son obligation était indivisible. Il n'en est plus ainsi sous l'empire du code civil. Les droits réels se transmettent par le seul effet du contrat, sans tradition (art. 1138); donc du moment où j'ai promis une servitude de passage par mon fonds, la servitude existe; il n'y a plus d'obligation de constituer une servitude, par conséquent il ne peut pas être question d'une obligation indivisible. Pour qu'il y ait obligation, il faut supposer un

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 291.
(2) Toullier, t. III, 2, p. 484, n° 787.

des rares cas où le droit réel n'est pas transmis par le contrat : telle serait une servitude de passage établie sur le fonds A ou sur le fonds B, ou la promesse d'une servitude par le fonds d'un tiers. Toullier a raison de dire qu'on ne trouverait pas un exemple d'un acte pareil dans nos volumineux recueils d'arrêts. C'est donc de la théorie.

Les obligations de faire peuvent aussi être indivisibles : telle serait l'obligation de faire un voyage dans telle ville. Il est bien vrai que si je me suis obligé d'aller à Paris, je ne puis y aller que successivement, d'un lieu à un autre; mais ce n'est pas le fait de voyager qui est l'objet de l'obligation, c'est le voyage accompli. Donc tant que je n'aurai pas été à Paris, mon obligation ne sera pas remplie, pas même en partie si je m'arrêtais en route, car on ne conçoit pas de parties dans une obligation pareille : le voyage se fait pour le tout ou il ne se fait pas.

370. L'indivisibilité d'obligation est définie par l'article 1218 : « L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle. » Nous dirons plus loin que la rédaction de cet article a donné lieu à de grandes difficultés. Telle que Pothier l'explique, l'indivisibilité d'obligation est très-simple. On suppose que par sa nature l'obligation est divisible, la chose ou le fait qui en est l'objet étant susceptible de division matérielle ou intellectuelle. Mais la volonté des parties est qu'elle soit indivisible. La volonté des parties a donc la même puissance que la nature des choses, en ce sens qu'elle rend l'obligation indivisible comme si elle résultait de la nature indivisible de l'objet : il n'y a aucune différence entre l'indivisibilité d'obligation et l'indivisibilité absolue.

Voici les exemples que Pothier donne. L'obligation de livrer une pièce de terre est divisible, car la tradition peut se faire par partie. Le fait qui est l'objet de l'obligation étant divisible, il est certain que l'obligation l'est aussi. Mais si cette pièce de terre doit être livrée au créancier pour servir à une destination spéciale pour la-

quelle il faut toute la pièce, dans ce cas l'intention des contractants rend l'obligation indivisible; le débiteur ne pourrait pas s'en acquitter par partie, en livrant une partie du fonds; car cette partie ne procurerait pas au créancier une utilité proportionnelle à celle qu'il avait en vue, elle ne lui en procurerait aucune. J'ai besoin d'un hectare pour la construction d'une usine; je stipule que vous me livrerez un hectare dans tel lieu, où je me propose de construire l'usine : pouvez-vous exécuter cette obligation par partie, en me livrant le tiers ou le quart d'un hectare? Non, car ce tiers ou ce quart ne me procurerait pas le tiers ou le quart de l'utilité que je comptais retirer de mon marché, il ne m'en procurerait aucune, puisque je ne puis pas construire une usine pour un tiers ou un quart (1).

Pothier donne encore un autre exemple qu'il développe longuement. L'obligation de construire une maison est divisible de sa nature; je puis convenir avec un maçon qu'il me construira pour partie la maison que je me propose de bâtir; par exemple, les fondements. Certes ce n'est pas ainsi que les choses se passent, mais on conçoit à la rigueur qu'un entrepreneur traite avec plusieurs sous-entrepreneurs pour les diverses parties de la construction. Il suffit que cela puisse se faire pour que l'obligation soit divisible de sa nature. Mais telle n'est pas d'ordinaire l'intention de celui qui construit; quand il fait marché avec un architecte de lui construire une maison, la construction est un fait indivisible; il est vrai que la construction ne peut se faire que par parties et successivement, mais ce n'est pas le fait successif de bâtir qui est l'objet de l'obligation, c'est l'ouvrage même consommé; et faut-il dire qu'il n'y a de maison que lorsqu'elle est construite en entier? Est-ce qu'un tiers ou un quart de construction me procurerait un tiers ou un quart de l'utilité que j'ai en vue dans le contrat que je fais avec l'architecte? Or, dès que la prestation partielle de l'obligation ne pro-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 295. Colmet de Santerre, t. V, p. 258, n° 154 *bis* VI.

cure pas au créancier un avantage proportionnel à celui que lui procurerait la prestation totale, il n'y a pas de doute qu'il n'ait entendu stipuler la prestation totale. Il n'est donc pas nécessaire que les parties disent qu'elles veulent contracter une obligation indivisible; cela résulte clairement de leur intention (1).

371. Le code ne définit pas l'indivisibilité de payement. Pothier, après avoir expliqué ce que l'on entend par indivisibilité absolue et par indivisibilité d'obligation, ajoute qu'il y a une troisième espèce d'obligations indivisibles, celles qui le sont *solutione tantum*. C'est celle, dit-il, qui ne concerne que le payement de l'obligation, et non l'obligation même. On suppose, au contraire, que l'obligation est divisible par sa nature et par l'intention des parties contractantes; elle est susceptible de parties et elle est due pour partie, mais le créancier peut exiger le payement du total quand le débiteur meurt laissant plusieurs héritiers. L'indivisibilité de payement n'est donc qu'une exception aux effets que produit l'obligation divisible. Voilà pourquoi Pothier dit qu'il en traitera en l'article où il parle des obligations divisibles, à la classe desquelles appartiennent les obligations qui ne sont indivisibles qu'en ce qui concerne le payement. Le code a suivi le même ordre; c'est dans le premier paragraphe, intitulé *De l'effet des obligations divisibles*, qu'il traite de l'exception que reçoivent certaines obligations divisibles, en ce sens que l'un des héritiers peut être poursuivi pour le tout. Plus logique que Pothier, le code ne donne pas même le nom d'*obligations indivisibles* à celles qui sont réellement divisibles et qui produisent tous les effets des obligations divisibles, sauf l'exception que nous venons de mentionner.

N° 3. APPLICATIONS.

I. *Indivisibilité absolue.*

372. Les recueils d'arrêts ne présentent aucune application des exemples que les auteurs donnent soit de l'in-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 292.

divisibilité absolue, soit de l'indivisibilité d'obligation. Ce n'est pas que le mot d'*indivisibilité* ne se trouve souvent dans les arrêts, on peut dire qu'il s'y trouve trop souvent. La matière étant très-obscure, il arrive que les tribunaux admettent des obligations indivisibles un peu à la légère. Il règne une confusion extrême dans la jurisprudence en ce qui concerne l'indivisibilité, et nous devons décidément conseiller à nos jeunes lecteurs de se défier des arrêts où ils rencontrent ce mot.

Il y a une première confusion qui est assez naturelle. Le code distingue l'indivisibilité absolue de l'indivisibilité d'obligation, mais elles ne diffèrent que sous un seul rapport : l'une résulte de la nature de la chose ou du fait qui sont l'objet de l'obligation, l'autre existe en vertu de la volonté des parties contractantes ; du reste, elles produisent les mêmes effets. Ainsi s'explique le considérant incorrect d'un arrêt de la cour de cassation où on lit : « Attendu que toute obligation qui ne peut être susceptible d'une exécution partielle est indivisible de *sa nature* (1). » A l'appui de cette définition, la cour cite l'article 1218, et cet article dit précisément le contraire de ce que la cour lui fait dire, car il suppose une obligation dont l'objet est *divisible de sa nature* et qui est néanmoins indivisible parce que telle est la volonté des parties contractantes. Ce n'est qu'une incorrection de langage, il est vrai, mais les cours et surtout la cour de cassation devraient mettre dans l'expression de leur pensée la même précision que dans leur argumentation, et éviter surtout de faire dire à la loi le contraire de ce qu'elle dit.

Le même arrêt dit : « Attendu qu'une obligation *indivisible de sa nature* est toujours *solidaire*, lors même que la solidarité n'aurait pas été stipulée dans l'acte par lequel elle fut contractée. » Prise à la lettre, cette proposition est une vraie hérésie. Nous dirons plus loin les différences considérables qui existent entre les obligations solidaires et les obligations indivisibles ; il n'y a pas un jurisconsulte qui les ignore, car cela est élémentaire, et certe[illegible] ...s la

(1) Rejet, 11 janvier 1825 (Dalloz, au mot *Obligatio*[illegible], n° 15[illegible] [illegible]6).

cour de cassation n'a pas voulu dire que l'indivisibilité d'une obligation la rende solidaire. Il y a un rapport entre la solidarité et l'indivisibilité, c'est que dans l'un et l'autre cas le débiteur est tenu de payer le total de la dette; mais cette analogie ne suffit point pour qu'on puisse les assimiler, même par comparaison. Cette confusion se trouve dans plus d'un arrêt de la cour suprême, elle est parfois tellement choquante, qu'elle devient impardonnable. Est-il permis de dire que la solidarité dérive de la *nature* de l'obligation alors que toute obligation, quelle que soit sa *nature*, peut devenir solidaire par la convention des parties, tandis que l'indivisibilité dépend de la nature de l'obligation? Est-il permis de dire que la réparation du dommage causé par un délit civil constitue un *objet indivisible* pour en conclure que la condamnation doit être *solidaire* (1)? La décision de la cour est aussi peu juridique que son langage. Elle conclut de la prétendue solidarité que les héritiers peuvent être poursuivis pour le tout : oui, si l'obligation est indivisible, mais non quand l'obligation est solidaire, car celle-ci se divise entre les héritiers. Nous reviendrons plus loin sur cette regrettable confusion.

373. Les servitudes, qui jouent un si grand rôle à l'école dans la matière de l'indivisibilité, ne figurent point dans les arrêts. Nous n'en avons trouvé qu'un seul où le mot se rencontre, bien qu'au fond il ne fût pas question de servitude. L'usufruitier d'une maison contracte envers le propriétaire du fonds voisin l'engagement de supprimer, à première réquisition, des jours et fenêtres qu'il reconnaît n'exister que par tolérance. Est-ce une obligation indivisible? On pourrait le soutenir si l'obligation était contractée par le propriétaire du fonds; lui seul peut renoncer à une servitude, comme lui seul peut l'établir; or, reconnaître que des fenêtres pratiquées dans un mur sont des jours de tolérance, c'est renoncer au droit que l'on peut avoir de les maintenir à titre de servitude, et la servitude étant indivisible, on pourrait dire que la con-

(1) Arrêts du 29 janvier 1840 et du 8 novembre 1834.

vention qui concerne un droit de vue participe de l'indivisibilité. Encore cela est-il douteux, car l'aveu du propriétaire fait foi et prouve qu'il n'a jamais existé de servitude; reste donc un simple fait, celui d'ouvrir des jours de tolérance; cela n'a rien de commun avec l'indivisibilité de la servitude. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, l'indivisibilité des servitudes était hors de cause; un usufruitier n'a point le droit de stipuler au nom du fonds; il ne peut donc prendre qu'un engagement personnel : est-ce que cet engagement était indivisible? Il ne l'était pas par sa nature; on conçoit très-bien que l'on bouche trois jours et qu'on en laisse subsister d'autres. L'indivisibilité ne pouvait donc résulter que de la volonté des parties contractantes. Ce n'est pas là ce que décide la cour, elle dit en termes absolus que l'obligation est indivisible, sans même motiver sa décision (1). On dirait que l'indivisibilité est un mot dont la jurisprudence fait ce qu'elle veut.

374. Il y a d'autres droits indivisibles : telle est l'hypothèque, un droit bien plus usuel que les servitudes. De ce que l'hypothèque est indivisible faut-il conclure que l'obligation de constituer hypothèque est une obligation indivisible? Il faut voir d'abord comment l'obligation a été contractée. Si le débiteur promet une hypothèque sur tel immeuble, pour telle créance, l'hypothèque existe en vertu de la convention, il n'y a plus d'obligation; donc il ne saurait être question d'indivisibilité. On doit donc supposer que le débiteur s'oblige, en termes généraux, de fournir hypothèque à son créancier. Est-ce qu'une pareille obligation est indivisible? On l'enseigne en invoquant l'article du code (2114 et loi hypot., art. 41) qui dit que l'hypothèque est indivisible (2). C'est une erreur, à notre avis, si l'on entend que l'indivisibilité soit absolue. Il est vrai que le code dit que l'hypothèque est indivisible, mais il ajoute : *par sa nature;* elle ne l'est pas par son essence; on peut stipuler que l'hypothèque sera divisible; dès lors

(1) Cassation, 25 août 1863 (Dalloz, 1863. 1. 361).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 48 et note 5, § 301.

la définition de l'article 1217 est inapplicable, on ne peut plus dire que l'obligation ait pour objet une chose ou un fait qui n'est pas susceptible de division matérielle ni intellectuelle. Cela est vrai des servitudes, cela n'est pas vrai des hypothèques. Dira-t-on que, par cela même que les parties ne déclarent pas l'hypothèque divisible, elle reste ce qu'elle est par sa nature, indivisible? Nous répondons que ceci est une question d'intention; or, quand un droit est indivisible en vertu de l'intention des parties contractantes, la question est une question de fait que le juge décide d'après les circonstances de la cause; il pourrait donc décider que l'obligation de fournir hypothèque est divisible, tandis qu'il ne pourrait pas décider que l'obligation de fournir une servitude de passage est divisible, puisque les servitudes sont indivisibles de leur essence.

La jurisprudence est contraire. Il a été jugé que l'obligation de fournir hypothèque pour le capital d'une rente est incontestablement indivisible. La cour de Gand trouve la chose si évidente, qu'elle se dispense de motiver sa décision. Elle en conclut que l'exécution peut être poursuivie *solidairement* contre chacun des héritiers (1). Observons d'abord que le langage est inexact : quand l'obligation est indivisible, chacun des débiteurs, dit l'article 1222, en est tenu pour le total, la loi ne dit pas qu'il en est tenu solidairement; si l'obligation était solidaire, elle se diviserait, au contraire, entre les héritiers du débiteur. L'obligation litigieuse ne consistait pas simplement à fournir hypothèque, l'acte ajoutait : ou à rembourser le capital. Pour déterminer la nature de la dette, il faut voir ce que le créancier demandera ou ce que le débiteur payera. Si c'est le remboursement du capital, il ne peut plus s'agir d'indivisibilité, au moins d'indivisibilité absolue, car rien n'est plus divisible que le capital d'une rente. Quant à l'obligation de fournir hypothèque, elle pouvait se diviser si telle était l'intention des parties contractantes. En définitive, il ne pouvait s'agir que d'une indivisibilité d'*obli*

(1) Gand, 5 juin 1835 (*Pasicrisie*. 1835. 2. 224).

gation, et non d'une indivisibilité *absolue;* or, d'une obligation indivisible par la volonté des parties contractantes, on ne peut pas dire qu'elle soit incontestablement, c'est-à-dire évidemment indivisible, on doit prouver que telle est l'intention des parties.

L'arrêt de la cour de Gand a été rendu sur les conclusions contraires de l'avocat général. M. De Bavay dit que lorsque le débiteur vient à mourir sans avoir constitué d'hypothèque, la dette se divise entre les héritiers et par conséquent aussi l'obligation de fournir hypothèque pour la part de chacun dans la dette. Cela est vrai, mais avec une restriction, c'est que le contraire peut résulter de la volonté des parties contractantes; il n'y a pas d'indivisibilité absolue, mais il peut y avoir une indivisibilité d'obligation. La question a été décidée en ce sens par un arrêt de la cour de Bruxelles. Dans l'espèce, il s'agissait aussi d'une hypothèque à fournir pour la garantie d'une rente par les débiteurs, et s'ils ne remplissaient pas cette obligation, ils devaient rembourser capital et intérêts. La cour décide que selon les principes régissant la matière au moment du contrat, comme d'après l'intention évidente des parties, l'obligation de donner hypothèque est indivisible, puisqu'on ne peut raisonnablement supposer que le crédirentier aurait voulu, dans une circonstance quelconque, au lieu d'une seule et unique rente garantie par une hypothèque, différentes fractions de rentes garanties par des hypothèques diverses. La cour en conclut que si, au lieu de fournir hypothèque, les débiteurs remboursent le capital, ils doivent le rembourser en entier; sans cela le créancier serait exposé à recevoir un remboursement partiel et une rente fractionnée, ce qui serait contraire à la volonté des parties contractantes (1).

375. L'article 2083 dispose que le gage est indivisible, nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur ou ceux du créancier. C'est le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Il faut donc appliquer

(1) Bruxelles, 18 décembre 1842 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 215). L'arrêtiste parle d'une dette *solidaire*, tandis que la cour dit qu'elle est *indivisible*.

au gage ce que nous venons de dire de la garantie hypothécaire : l'obligation de fournir un gage n'est pas indivisible en vertu de l'article 1217; elle peut l'être, et elle l'est d'ordinaire en vertu de l'article 1218; mais le juge pourrait aussi décider qu'elle ne l'est pas, en se fondant sur l'intention des parties contractantes.

Ce principe reçoit son application à l'antichrèse. La cour de cassation en a conclu que l'action en nullité d'un acte de vente comme déguisant une antichrèse est indivisible; que, par suite, elle peut être exercée pour le tout par un seul des héritiers du prétendu vendeur. N'est-ce pas dépasser le principe de l'indivisibilité du gage? La loi définit en quoi consiste l'indivisibilité; c'est que l'héritier du débiteur qui a payé la portion de la dette ne peut demander la restitution de sa portion dans le gage tant que la dette n'est pas entièrement acquittée, et l'héritier du créancier qui a reçu sa portion de la dette ne peut remettre ce gage au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas payés. La question qui se présentait devant la cour était tout autre; il s'agissait de savoir s'il y avait antichrèse ou vente. Sans doute entre les parties le débat était indivisible, en ce sens que l'acte devait être ou une vente ou une antichrèse, parce que l'intention des parties n'était pas de faire un contrat mixte. Il fallait donc fonder l'indivisibilité sur la volonté des parties contractantes et non sur l'indivisibilité du gage; ce n'était pas une indivisibilité absolue, ce ne pouvait être qu'une indivisibilité d'obligation (1).

376. La cour de cassation a jugé que la fixation de la hauteur du déversoir d'un étang est un fait qui n'est susceptible de division ni matérielle ni intellectuelle; d'où la conséquence que dans son exécution elle est indivisible entre les propriétaires par indivis d'un étang; on ne conçoit pas, dit la cour, qu'elle soit réglée de telle manière à l'égard de l'un et de telle manière à l'égard des autres (2). La décision nous paraît douteuse. Il est certain qu'un

(1) Rejet, 28 avril 1857 (Dalloz, 1857, 1, 219).
(2) Rejet, 9 août 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1512, 1°).

étang, soit en eau, soit à sec, est divisible en parties matérielles. Reste à savoir quel est l'office d'un déversoir régulateur. C'est une mesure ou une marque posée dans l'étang pour en déterminer l'étendue et pour en reconnaître les véritables limites. Le déversoir a pour objet d'empêcher les anticipations de la part des riverains quand les eaux diminuent, et de la part des propriétaires de l'étang lorsque les eaux augmentent. Ainsi il s'agit de sauvegarder un droit de propriété; or, le droit de propriété est un droit divisible, et de ce que ce droit est indivis il ne s'ensuit pas qu'il soit indivisible. Supposons qu'il soit reconnu à l'égard d'un des copropriétaires de l'étang que les eaux ne doivent pas dépasser une telle limite : cela empêche-t-il qu'à l'égard d'un autre copropriétaire de l'étang il soit reconnu que l'étendue des eaux peut être plus grande? On maintiendrait, dans cette hypothèse, les eaux à cette dernière hauteur, sauf à l'autre copropriétaire à payer une indemnité au riverain dont le terrain serait couvert par les eaux plus qu'il ne devrait l'être d'après le droit de ce copropriétaire. On ne peut donc pas dire que la fixation de la hauteur du déversoir soit un fait qui ne comporte aucune division.

Il a été jugé dans le même sens que la fixation de la hauteur d'un seuil ou barrage à l'entrée d'un canal est un fait qui, dans son exécution, est indivisible entre les propriétaires riverains. La cour de cassation en a conclu que l'arrêt qui fixe la hauteur d'un seuil a, à cet égard, pour tous les riverains, l'autorité de la chose jugée (1). Les mêmes doutes que nous venons d'émettre se présentent dans cette espèce. Il nous semble que les droits des riverains étant des droits de propriété sont essentiellement divisibles; qu'importe que le seuil soit un fait matériel, le même pour tous? Il faut apprécier non le fait matériel, mais les droits que les riverains ont en vertu de la fixation du seuil; et nous ne voyons pas pourquoi ce qui a été jugé à l'égard des uns formerait chose jugée à l'égard des autres.

(1) Rejet, 19 décembre 1832 (Dalloz, au mot *Chose jugée*, n° 269).

II. *Indivisibilité d'obligation.*

377. La cour de cassation a jugé que la question de savoir s'il y a indivisibilité d'obligation est une question de fait qu'il appartient aux tribunaux de juger souverainement (1). En effet, tout dépend de la volonté des parties contractantes. L'obligation est divisible par elle-même; ce sont les parties qui la rendent indivisible, parce que, dans leur intention, l'obligation n'est pas susceptible de division. Quand cette intention existe-t-elle? Cela dépend des circonstances de la cause, et ces circonstances peuvent varier d'un cas à l'autre. Il faut donc se garder de donner aux décisions rendues en cette matière une autorité doctrinale; les cours ne jugent pas que telle obligation est indivisible en droit, elles décident que l'obligation est indivisible en fait. Les arrêtistes formulent les décisions comme si elles étaient rendues en droit; il ne faut point s'y tromper, ce sont toujours des arrêts d'espèce, alors même que la cour de cassation annulerait un arrêt pour avoir donné à une convention d'autres effets que ceux qu'elle devait avoir d'après les termes constatés par le juge du fait. Ainsi on lit dans un arrêt de la cour suprême que l'obligation imposée aux héritiers d'entretenir les faits de leur auteur n'est pas susceptible de division à raison du rapport sous lequel la qualité d'héritier est considérée. Ce sont les expressions de l'article 1218; la cour décide donc qu'il y a indivisibilité d'obligation. Dans l'espèce, il s'agissait d'une transaction qui avait pour objet la renonciation à la délivrance d'un legs (2). L'indivisibilité n'est certes pas absolue, mais en fait l'intention des parties rendait l'obligation indivisible. Cela même nous paraît douteux, mais il est difficile de critiquer les décisions de fait, le juge étant plus à même d'apprécier les circonstances de l'affaire que l'auteur qui les apprécie d'après le résumé qu'en font les recueils d'arrêts.

(1) Rejet, 15 juin 1860 (Dalloz, 1860, 1, 435).
(2) Cassation, 27 mai 1835 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1516, 3°).

378. La matière de l'indivisibilité est si obscure que l'on nous permettra de nous arrêter aux décisions peu nombreuses qui ont été rendues sur l'indivisibilité d'obligation. Nous ajournons aux titres particuliers, où se trouve le siége de la matière, les décisions qui concernent certains contrats.

Des immeubles saisis sont adjugés en bloc à deux adjudicataires pour un seul et même prix. Y a-t-il là une indivisibilité d'obligation? Que l'obligation soit divisible de sa nature, cela est certain, car rien n'est plus divisible qu'une dette d'argent. Mais l'obligation, quoique divisible, dit l'article 1218, peut devenir indivisible « si le rapport sous lequel la chose est considérée ne la rend pas susceptible d'exécution partielle. » Ces expressions sont excessivement vagues et prêtent facilement à l'arbitraire. La difficulté de fait se complique d'une difficulté de droit sur laquelle nous reviendrons; dans le cas prévu par l'article 1221, n° 5, la loi dit que l'obligation est divisible, et indivisible seulement sous le rapport du payement, lorsqu'il résulte de la nature de l'engagement ou de la fin que l'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des parties a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement. Ainsi l'intention des parties peut faire tantôt que la dette soit indivisible, comme si l'indivisibilité était absolue, tantôt qu'elle devienne seulement indivisible à l'égard des héritiers du débiteur sous le rapport du payement. Grand est l'embarras du juge quand il doit apprécier quelle a été l'intention des parties. Dans l'espèce de l'adjudication d'un immeuble saisi au profit de deux adjudicataires, la cour de Limoges invoque les articles 1218 et 1221 (1), de sorte qu'une seule et même obligation serait tout ensemble indivisible et divisible; indivisible d'une manière absolue et divisible seulement quant au payement. Cela est contradictoire dans les termes. Il faut se décider ou pour l'indivisibilité de l'article 1218 ou pour l'indivisibilité de

(1) Limoges, 11 mars 1848 (Dalloz, 1848, 2, 136). Même décision pour l'adjudication en bloc d'actions industrielles : Besançon, 2 février 1855 (Dalloz, 1856, 2, 67).

l'article 1221. Nous admettrions difficilement que les parties aient entendu transformer une obligation divisible en une obligation indivisible, par l'excellente raison qu'elles ignorent ce que c'est que l'indivisibilité d'obligation; les jurisconsultes ont de la peine à s'en faire une idée précise, comme nous le dirons plus loin. Mais les parties savent très-bien ce que c'est que le payement, et elles peuvent très-bien stipuler que le payement ne sera pas divisé. Nous ferons encore un autre reproche à la décision de la cour de Limoges : elle dit que l'indivisibilité résulte des faits et des circonstances de la cause; la loi ne s'exprime pas ainsi. Elle dit que l'indivisibilité résulte du rapport sous lequel les parties ont considéré la chose qui fait l'objet de l'obligation. En cette matière plus qu'en toute autre il importe d'être précis. Il faut donc que le juge constate que c'est l'intention des parties contractantes qui a rendu l'obligation indivisible.

La même cour a porté la même décision dans une espèce qui, en apparence, est identique, mais qui, en réalité, est très-différente. Un avoué s'était rendu adjudicataire en bloc de plusieurs immeubles pour un seul et même prix. Il fit immédiatement une déclaration de command pour trois des objets compris dans l'adjudication en faveur d'un tiers; cette déclaration, dont le tribunal ne donna point acte, n'était pas accompagnée d'une fixation de prix. Plus tard il fit une déclaration de command en faveur de deux autres individus avec détermination de prix. Il en résultait qu'à l'égard du premier acquéreur par command il n'y avait pas eu contrat judiciaire complet, puisqu'il n'y a point de vente sans prix. Donc l'adjudication ne comprenait qu'une seule et même vente au profit d'un seul adjudicataire pour un prix unique; les déclarations faites postérieurement par l'avoué ne pouvaient plus modifier le contrat judiciaire, lequel comprenait, par conséquent, la vente définitive entre le poursuivant, le saisi, les créanciers et l'adjudicataire. L'intention des intéressés ne pouvait être douteuse; c'était le cas d'appliquer l'article 1218, une seule vente, un seul acheteur, un seul prix; il y avait obligation indivisible de payer la totalité du prix. La cour

se borne, dans cette espèce, à citer l'article 1218 (1).

379. La cour de Bordeaux a porté une décision en sens contraire sans que l'on en puisse induire qu'il y a contradiction. Un immeuble est vendu par le même acte à deux acquéreurs, sans expression de la part acquise par chacun d'eux; il a été jugé que l'obligation de payer le prix était divisible, ce qui est évident. L'intention de rendre la dette indivisible résultait-elle de la convention? Il n'y était pas dit que le prix fût dû pour le total et rien ne manifestait une volonté pareille. On objectait que les deux acquéreurs étaient représentés par un seul et même mandataire. Qu'importe? Un seul mandataire peut représenter deux personnes ayant chacun un intérêt individuel. L'arrêt dit que l'obligation n'aurait été indivisible que s'il avait été dit dans l'acte que le prix est dû indivisément et que les acquéreurs en seront solidairement tenus (2). Toujours la confusion entre la solidarité et l'indivisibilité. Il faut une stipulation formelle pour qu'il y ait solidarité (art. 1202); mais, dit l'article 1215, la solidarité stipulée ne donne pas à l'obligation le caractère d'indivisibilité. Si, dans l'espèce, les acquéreurs s'étaient obligés solidairement au payement du prix, leurs héritiers n'en auraient été tenus chacun que pour sa part héréditaire, puisque les dettes solidaires se divisent entre les héritiers. L'indivisibilité d'obligation ne doit pas être stipulée d'une manière expresse, l'article 1218 ne l'exige pas; mais il faut que l'intention de rendre la dette indivisible ne soit pas douteuse, car l'indivisibilité est une exception au principe de la divisibilité des obligations; on pourrait même soutenir que l'exception doit être expresse, comme pour la solidarité, si ce n'était l'article 1218 qui définit l'indivisibilité d'obligation : il faut s'en tenir à la définition légale.

380. Les plaideurs abusent de l'indivisibilité comme ils abusent de la solidarité; et la chose est plus excusable, puisque les tribunaux mêmes s'y trompent, comme nous

(1) Limoges, 28 juillet 1848 (Dalloz, 1849, 2, 171).
(2) Bordeaux, 11 mars 1852 (Dalloz, 1853, 2, 52).

l'avons dit bien des fois dans le cours de ce travail. Nous en citerons un exemple. Deux copropriétaires d'un immeuble font marché, par l'un d'eux ou directement, pour des travaux à exécuter à l'immeuble commun, ou des fournitures à faire pour l'utilité de cet immeuble. On a prétendu que cette obligation est solidaire ou indivisible. La cour de Caen rendit un singulier arrêt sur ce débat, elle décida que l'obligation était indivisible aux termes des articles 1217 et 1218, et que, d'après l'article 1222, l'indivisibilité de l'obligation produit les mêmes effets que la solidarité. C'étaient à peu près autant d'erreurs que de mots. Comment une obligation peut-elle être indivisible en vertu de l'article 1217, d'une indivisibilité tellement absolue que l'on ne conçoit pas même la possibilité de la diviser, et être en même temps indivisible en vertu de l'article 1218, lequel suppose que l'objet de l'obligation est divisible par sa nature et dispose que l'obligation n'est indivisible que lorsque telle est l'intention des parties contractantes? Première erreur. En voici une seconde. L'article 1222 ne dit pas, comme la cour le lui fait dire, que l'indivisibilité produit le même effet que la solidarité; il dit que les débiteurs d'une dette indivisible en sont tenus chacun pour le total, ce qui est bien différent; il en est de même des débiteurs d'une dette solidaire; mais cette analogie des dettes solidaires et des dettes indivisibles n'empêche point que ces deux espèces d'obligations ne diffèrent essentiellement.

L'arrêt a été cassé, et il devait l'être. La cour ne relève pas toutes les erreurs que nous venons de signaler; elle se borne à décider, comme nous l'avons déjà dit, que l'obligation litigieuse n'était pas solidaire, puisqu'elle n'était déclarée telle ni par la loi ni par la convention. Elle n'était pas non plus indivisible, par la raison très-simple que les copropriétaires n'étaient tenus à rien autre chose qu'à payer une somme d'argent pour prix des travaux, obligation essentiellement divisible (1).

(1) Cassation, 23 juin 1851 (Dalloz, 1851, 1, 165).

§ II. *Effets des obligations divisibles et indivisibles.*

Nº 1. DES OBLIGATIONS DIVISIBLES.

381. Aux termes de l'article 1220, les héritiers du débiteur ne sont tenus de payer la dette que pour les parts dont ils sont tenus comme représentant le débiteur. Cette disposition, en établissant le principe de la divisibilité des dettes, dit en même temps la raison pour laquelle les dettes se divisent entre les héritiers. Nous contractons pour nous et pour nos héritiers; les biens que nous leur transmettons sont le gage de nos créanciers; à ce titre, ceux-ci doivent avoir action contre ceux qui nous succèdent. Quelle est la nature de cette action? Est-ce une action pour le tout contre chacun des héritiers? Dans notre ancien droit, il y avait quelques coutumes qui établissaient cette solidarité. Elle est contraire aux principes qui régissent les droits et les obligations des héritiers. Ils représentent la personne du défunt; comme tels ils succèdent à ses droits et à ses obligations; mais s'ils sont à plusieurs, chacun ne représente le défunt que pour sa part héréditaire; ils ne recueillent l'actif que pour cette part, donc ils ne doivent être tenus du passif que pour cette même part. Leur obligation, même ainsi limitée, est encore très-onéreuse; car, à moins d'accepter sous bénéfice d'inventaire, ils sont tenus des dettes indéfiniment, comme en était tenu le défunt, donc sur leur propre patrimoine, comme si eux-mêmes les avaient contractées.

On fait une objection très-spécieuse contre cette théorie. Les créanciers traitent avec le défunt, dit-on; son patrimoine est leur gage et leur garantie. Cependant, dans le système de la divisibilité des dettes, cette garantie peut leur être enlevée; si l'un des héritiers est insolvable, ils n'auront pas d'action contre ses cohéritiers pour sa part dans la dette, alors même que les biens qu'ils ont recueillis suffiraient pour payer intégralement les dettes du défunt. C'est cette considération qui avait fait établir

la solidarité par nos anciennes coutumes. Mais en cherchant à sauvegarder les intérêts des créanciers, on sacrifiait les droits des héritiers. Il y a un moyen de les concilier, c'est le droit que la loi accorde aux créanciers du défunt de demander la séparation des patrimoines (1). Nous renvoyons à ce qui a été dit sur cette matière au titre des *Successions*.

382. L'article 1220 ne parle que des héritiers, et dans le langage du code civil ce terme ne s'emploie que des parents légitimes qui succèdent au défunt en vertu de la loi. C'est à eux que s'applique le principe de la saisine : ils sont saisis des biens, droits et actions du défunt sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession (art. 724). Il y a des successeurs *ab intestat* qui n'ont pas la saisine. Tels sont, d'après l'article 724, les enfants naturels, l'epoux survivant et l'Etat; il faut y ajouter les successeurs des enfants naturels et, dans notre opinion, les successeurs spéciaux ou anomaux. Tels sont encore les légataires, sauf l'exception que les auteurs du code ont admise en faveur du légataire universel quand il n'est pas en concours avec des réservataires. Ces successeurs ne sont pas héritiers, ils ne représentent pas la personne du défunt, ils ne sont pas saisis. Est-ce à dire qu'on ne leur applique pas le principe de l'article 1220? Les dettes se divisent entre eux comme entre les héritiers : ils recueillent les biens délaissés par le défunt; ils doivent donc être tenus des dettes dont le patrimoine est grevé, car il n'y a de biens que dettes déduites. Toutefois la saisine établit une différence considérable entre les héritiers et autres successeurs universels ; les premiers sont tenus des dettes indéfiniment, tandis que les autres n'en sont tenus que comme détenteurs des biens, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de l'émolument qu'ils recueillent (2).

Nous ne faisons que rappeler des principes qui ont été

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 309. Toullier, t. III, 2, p. 463, n° 759. Duranton, t. XI, p. 357, n° 274. Colmet de Santerre, t. V, p. 262, n° 156 *bis* III.

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 263, n° 156 *bis* IV.

exposés au titre des *Successions*. Nous renvoyons aussi à ce titre la question de savoir comment les dettes se divisent lorsque le défunt laisse des héritiers légitimes en concours avec des successeurs non saisis.

383. Ce que nous disons de la division des dettes passives s'applique aussi aux dettes actives. L'article 1220 établit le même principe pour les créances que pour les dettes, et le fondement du principe est le même, c'est la pluralité des débiteurs ou des créanciers. Mais l'hypothèse inverse peut se présenter : il y a plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers ; ils meurent laissant le même héritier. Cela peut aussi se faire par suite de cessions s'il s'agit de créances différentes ; tous les droits des différents créanciers peuvent être réunis sur la tête d'un même cessionnaire ; quand il s'agit de dettes, cette réunion ne peut se faire par voie de cession, car les débiteurs ne peuvent pas céder leurs dettes. On demande si, en cas de réunion des dettes ou des créances divisées, l'effet de la division subsiste ? ou est-elle considérée comme non avenue, et les rapports entre le créancier et le débiteur se règlent-ils comme s'il y avait toujours eu un seul créancier et un seul débiteur ? Pothier prévoit la difficulté, et il la résout par une distinction qui a été suivie par tous les auteurs modernes.

Si, au moment où l'obligation a été contractée, il y avait plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs conjoints, la division se fait en ce sens qu'il y a autant de créances et de dettes différentes qu'il y a de créanciers et de débiteurs différents ; les contrats d'où dérivent les obligations ou les créances donnent un droit aux divers créanciers et lient les divers débiteurs pour leur part virile. Ces droits ne peuvent pas leur être enlevés par le fait de la réunion sur la même tête de ces créances et de ces dettes. A vrai dire, il n'a jamais existé une seule créance ou une seule dette ; par cela seul qu'il y a deux créanciers ou deux débiteurs, il y a deux créances ou deux dettes ; dès lors la réunion de ces créances ou de ces dettes est indifférente, elle laisse les parties dans la position où elles étaient. Je suis débiteur de 10,000 francs envers Pierre

et Paul, créanciers conjoints, je dois 5,000 francs à chacun; dès le principe il y a donc deux dettes différentes. Si les droits des deux créanciers se réunissent sur une même tête, par suite d'hérédité ou de cession, je resterai débiteur de deux dettes différentes et je ne deviendrai pas débiteur d'une dette de 10,000 francs; le fait de la réunion des deux dettes dans la même personne n'empêche pas qu'il n'y ait deux dettes. De même je suis créancier de 10,000 francs de Pierre et de Paul, débiteurs conjoints : quel est mon droit? J'ai deux créances, chacune de 5,000 francs, contre deux débiteurs; si l'un devient héritier unique de l'autre, en résultera-t-il que j'aurai une créance unique de 10,000 francs? Non; le débiteur pourra payer séparément les deux dettes sans que je puisse lui opposer le principe de l'indivisibilité du payement, car il ne s'agit pas du payement partiel d'une seule et même dette, il s'agit du payement de deux dettes différentes.

Il en est autrement dans l'hypothèse où une obligation contractée par un débiteur au profit d'un créancier vient à se diviser par la mort du créancier ou du débiteur qui laissent plusieurs héritiers, ou par suite de cessions partielles faites par le créancier. Si la division cesse par la réunion sur une même tête des diverses créances ou des diverses dettes, quel en sera le résultat? La créance ou la dette redeviendra une, comme elle l'était dans son principe. C'est le cas d'appliquer le vieil adage que la cause cessant, l'effet cesse. La division était l'effet accidentel de l'hérédité ou de la cession; cet accident disparaissant, la division qui en était résultée cesse également; l'obligation reprend sa nature propre, elle redevient une. On pourrait objecter que la division de la dette qui se fait par la mort du créancier ou du débiteur a cette conséquence qu'il y a autant de dettes diverses et distinctes que d'héritiers, et que partant cette division donne à chacun des héritiers un droit divisé, comme si dès le principe il y avait eu plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers; ces effets ne doivent-ils pas subsister alors que les dettes ou créances diverses se réunissent sur une même tête? Il est très-vrai que l'on dit d'ordinaire que

par la division de l'obligation entre les héritiers il y a autant de dettes et de créances que d'héritiers, mais cela ne se dit que pour marquer qu'il n'y a entre eux aucun lien de solidarité, de sorte que les héritiers solvables ne répondent pas de l'insolvabilité de leur cohéritier. Mais, d'après la rigueur des principes, il faut dire avec Pothier que la division de la dette, par la mort de l'une des parties, ne fait pas d'une dette plusieurs dettes, elle assigne seulement à chacun des héritiers des portions dans l'obligation ; il n'y a donc toujours qu'une seule dette, à la différence du cas où, lors du contrat, il y a plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers ; dans ce dernier cas, il y a plusieurs dettes; dans le premier cas, il n'y en a qu'une seule, car elle a été contractée par un débiteur envers un créancier. Les différents héritiers du créancier ne sont créanciers que de la dette qui a été contractée envers le défunt, et les différents héritiers du débiteur ne sont débiteurs que de la dette qui a été contractée par le défunt. Une fois le principe admis, la conséquence que Pothier en déduit nous paraît incontestable. C'est l'opinion émise par l'orateur du gouvernement, elle est suivie par tous les auteurs, sauf le dissentiment de Duranton (1).

N° 2. DE L'INDIVISIBILITÉ ABSOLUE ET D'OBLIGATION.

I. *Droits du créancier.*

384. L'article 1224 dit que « chaque héritier du créancier peut exiger en totalité l'exécution de l'obligation indivisible. » Il en est de même lorsque l'obligation indivisible est contractée envers plusieurs créanciers. Si la loi suppose le cas où le créancier unique laisse plusieurs héritiers, c'est parce que tel est le cas ordinaire ; les principes sont les mêmes dès qu'il y a plusieurs créanciers, n'importe par quelle cause.

Par exemple, dit Pothier, si quelqu'un s'est engagé

(1) Pothier, nos 318, 320. Exposé des motifs, n° 101 (Locré, t. VI, p. 166) Colmet de Santerre, t. V, p. 263, n° 156 *bis* V. Demolombe, t. XXVI, p. 486, n° 550 *bis*. En sens contraire, Duranton, t. XI, p. 364, n° 275.

envers moi à me faire constituer un droit de passage sur son fonds pour l'utilité du mien, ce droit étant indivisible, chacun de mes héritiers pourra donner la demande pour le total contre le débiteur (1). Cependant chaque héritier ne succède au défunt que pour sa part héréditaire, chacun n'est donc créancier que pour sa part; pourquoi, étant créancier partiel, peut-il exiger l'exécution de l'obligation pour le total? Parce qu'il a le droit d'agir contre le débiteur; or, il est impossible qu'il agisse pour partie, puisque l'obligation n'est pas susceptible de parties : héritier pour un tiers, il ne peut pas demander que le débiteur lui constitue un tiers de servitude, car il n'y a point de servitude pour un tiers; donc dès qu'il a le droit d'agir, il doit avoir le droit d'agir pour le tout.

385. Il suit de là que le droit d'agir pour le total ne donne pas à chaque héritier du créancier le droit à la totalité de la créance; il n'y a que sa part héréditaire; donc dès que le droit peut se diviser, et en tant que l'utilité résultant du droit est en cause, chaque héritier n'y pourra réclamer que sa part. Si le débiteur est condamné aux dommages-intérêts, faute de remplir son obligation, il ne pourra être condamné envers l'héritier demandeur que pour sa part, bien que la demande ait eu pour objet l'exécution de l'obligation pour le total. S'il a le droit de demander toute la chose, c'est que la chose ne pouvait être demandée pour partie. Mais cette impossibilité d'une demande et d'une condamnation partielle vient à cesser du moment que l'obligation se convertit en dommages-intérêts; cette obligation est divisible et, par conséquent, chaque héritier n'y peut avoir que sa part.

386. Ces principes sont élémentaires; il va sans dire que la jurisprudence les consacre. Mais il n'y a presque pas d'arrêt en cette matière qui ne prête à la critique. Le collége échevinal adjuge à deux personnes la perception des droits de foire. Est-ce là une obligation indivisible? L'arrêt dit que l'obligation de faire jouir les deux adjudicataires des droits de foire est indivisible de sa nature;

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 326. Duranton, t. XI, p. 426, n° 313.

d'où suit que chacun des créanciers a le droit d'en exiger l'entier accomplissement. Dire qu'une obligation est indivisible par sa nature, c'est dire que l'indivisibilité est absolue, que l'on ne pourrait pas même la diviser, parce qu'elle n'est pas susceptible de parties; or, le droit de percevoir les droits de foire peut certainement se diviser entre plusieurs adjudicataires; il ne pourrait donc être question que d'une indivisibilité d'obligation. Peu importait, dans l'espèce; il s'agissait de savoir si l'un des créanciers pouvait renoncer à un droit indivisible au préjudice de l'autre, l'un des adjudicataires ayant consenti à la résiliation du bail, tandis que l'autre réclamait le maintien du contrat. La cour décida que le bail devait être maintenu dans l'intérêt de celui qui voulait l'exécuter et dans la proportion de cet intérêt. La décision est juridique; l'un des créanciers peut renoncer, résilier le contrat, mais il ne le peut que pour le profit qu'il y a; l'autre conserve son droit, et ce droit étant indivisible, il peut l'exercer pour le tout, sauf à tenir compte de la renonciation de son cocréancier dans ses rapports avec le débiteur. Mais la cour a tort de citer l'article 1198 qui concerne les droits des créanciers solidaires (1). L'analogie qui existe entre les droits des cocréanciers solidaires et les droits des créanciers d'une obligation indivisible n'autorise pas le juge à confondre les deux espèces d'obligations, en appliquant aux unes les dispositions que le code contient quant aux autres.

Des créanciers d'un même débiteur se constituent en commission et font une convention par laquelle un tiers s'engage à exécuter des travaux pour un prix déterminé. Est-ce une obligation indivisible? Le recueil d'arrêts ne dit point en quoi consistaient les travaux. Admettons qu'il s'agissait d'un ouvrage à faire, comme de l'obligation de construire une maison : il y aurait eu, en ce cas, indivisibilité d'obligation. Le débiteur demanda la résiliation du contrat et des dommages-intérêts; il prétendait que ces dommages-intérêts lui étaient dus solidairement,

(1) Liége, 5 décembre 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 251)

en se fondant sur l'indivisibilité de l'obligation. Prétention contradictoire, l'obligation indivisible n'ayant pas pour effet la solidarité. La cour décida qu'il n'y avait pas de solidarité dans l'espèce, ni en vertu de la loi, ni en vertu de la convention; quant aux dommages-intérêts qui pouvaient résulter d'une obligation indivisible, ce droit étant essentiellement divisible, la dette se divisait par cela même entre les débiteurs (1).

387. L'article 1224 dit que l'un des héritiers du créancier ne peut faire seul la remise de la totalité de la dette. Faire remise, c'est disposer de la créance; or, pour avoir le droit de disposer il faut être propriétaire, et l'héritier partiel du créancier n'est propriétaire de la créance que pour sa part héréditaire. Il suit de là qu'il ne peut faire la remise totale de la dette. Mais rien n'empêche qu'il ne fasse remise de sa part dans la créance. Vainement dirait-on que la créance indivisible n'a point de parts; cela est vrai pour ce qui concerne le droit d'en demander l'exécution, mais cela n'empêche pas que l'obligation indivisible ne présente pour chacun des créanciers un avantage divisible, et chacun ayant sa part dans l'utilité qu'elle procure, chacun peut renoncer à cette part. La remise de la dette que fait l'un des héritiers du créancier n'est donc pas inopérante, elle vaut pour la part que le créancier a dans le profit. Les autres héritiers auront toujours le droit de demander l'exécution totale de l'obligation indivisible, malgré cette remise partielle; la raison en est qu'ayant le droit d'agir comme créanciers, ils doivent nécessairement agir pour le total, puisqu'une demande divisée d'un droit indivisible implique contradiction. Seulement, dit l'article 1224, ils devront tenir compte au débiteur de la portion du cohéritier qui a fait la remise (2).

388. L'article 1224 dit aussi que l'un des créanciers ne peut seul recevoir le prix au lieu de la chose. Recevoir le prix au lieu de la chose, c'est faire novation; or, la novation implique une renonciation, et renoncer c'est dis-

(1) Bruxelles, 28 juillet 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 278).

(2) Duranton, t. XI, p. 428, n° 315. Colmet de Santerre, t. V, p. 278, n° 159 *bis* II

poser. Il faut donc appliquer à ce cas ce que nous venons de dire de la remise. Dans la seconde hypothèse, le motif de décider est encore plus évident. Le créancier reçoit du débiteur le prix de l'obligation, c'est-à-dire l'utilité pécuniaire qu'elle procure; or, il ne peut recevoir que sa part dans le profit, parce que le profit est une chose divisible; le créancier demandant ou recevant une chose divisible, il ne peut plus être question d'indivisibilité.

II. *Obligations des débiteurs.*

389. « Chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible en est tenu pour le total. Il en est de même à l'égard des héritiers de celui qui a contracté une pareille obligation » (art. 1222 et 1223). Pourquoi chacun des débiteurs est-il tenu pour le total, bien qu'il ne se soit pas engagé pour le total? S'il avait contracté solidairement, il devrait le tout, comme s'il était seul et unique débiteur (art. 1200). Mais quand il y a plusieurs débiteurs d'une dette indivisible, ou plusieurs héritiers d'un débiteur unique, ils ne sont tenus chacun, en vertu de leur engagement, que pour leur part virile; pourquoi donc chacun doit-il exécuter l'obligation pour le tout? Parce que, obligé de l'exécuter, il doit nécessairement l'exécuter pour le total, l'exécution partielle étant impossible; si je suis héritier pour un tiers de celui qui a promis une servitude de passage, je ne puis pas prester un tiers de la servitude, car la servitude ne comporte pas de parts et ne saurait être établie pour une part.

390. L'article 1225 suppose que le créancier assigne l'un des héritiers pour le total de l'obligation. On demande si le créancier peut les assigner tous, comme il le peut quand il a plusieurs débiteurs solidaires (art. 1203). L'affirmative n'est pas douteuse, car c'est le droit commun; celui qui a plusieurs débiteurs peut les assigner tous; et quand la dette est indivisible, il peut demander contre chacun d'eux l'exécution totale de l'obligation, en ce sens que si l'obligation est remplie elle doit nécessairement l'être pour le total. Mais, pour être bien formulée, la

demande doit être donnée contre tous à raison de leur part dans la dette, car le créancier ne peut demander que ce à quoi les débiteurs se sont obligés; or, ils ne se sont pas obligés pour le total, donc le créancier ne peut les poursuivre pour le total. La condamnation aura donc lieu divisément, ce qui ne porte aucune atteinte au droit du créancier; par cela seul qu'un débiteur est condamné à payer une dette indivisible, il doit la payer pour le total; il ne peut s'agir de payer sa part dans la dette, puisque la dette n'est pas susceptible de parts (1).

La condamnation divisée suppose que chacun des codébiteurs peut prester l'obligation. S'il n'y a qu'un seul des héritiers qui puisse l'acquitter, il faut appliquer l'article 1225, aux termes duquel cet héritier seul peut alors être condamné, sauf son recours en indemnité contre ses cohéritiers. Nous allons revenir sur cette disposition.

391. Parmi les débiteurs assignés, l'un veut exécuter l'obligation et les autres refusent. Il faut voir, dans ce cas, si l'obligation ne peut être exécutée que conjointement par tous les héritiers; par exemple, s'il s'agit de constituer un droit de passage sur un héritage commun; la servitude ne pouvant être constituée que par tous ceux qui sont propriétaires, il suffit que l'un d'eux refuse pour que l'obligation ne puisse être exécutée. Quel sera le résultat de ce désaccord qui rend impossible l'exécution de l'obligation? Le créancier a droit à des dommages-intérêts, mais contre qui pourra-t-il les exiger? Pothier répond, d'après Dumoulin, qu'il n'y a que celui qui refuse qui doit être condamné aux dommages-intérêts résultant de l'inexécution; celui qui déclare qu'il est prêt à remplir l'obligation autant qu'il est en lui ne doit pas de dommages-intérêts, car il n'est pas en demeure. Nous croyons qu'il faut maintenir la décision de Pothier. La question est cependant controversée, et il y a quelque doute. Les codébiteurs, dit-on, sont tenus conjointement au total de l'obligation; d'où suit que la demeure de l'un constitue les autres en demeure. Nous n'admettons ni le principe, ni la

(1) Demolombe, t. XXVI, p. 543, n° 606.

conséquence. Chacun des débiteurs doit, il est vrai, la chose pour le total, mais il ne la doit pas parce qu'il s'y est obligé, il n'y a aucun lien d'obligation entre les divers débiteurs ; ils ne sont donc pas tenus conjointement, ils ne sont entre eux ni associés, ni mandataires; donc l'un ne doit pas répondre du fait de l'autre. On insiste et l'on dit que les offres faites par l'un des débiteurs sont insuffisantes, puisque, malgré ces offres, l'obligation ne peut être exécutée. Sans doute, mais il s'agit de savoir qui est responsable de l'inexécution ; comment condamnerait-on à des dommages-intérêts pour inexécution celui qui veut exécuter ? On répond : Parce que celui qui offre d'exécuter ne satisfait pas à l'obligation, ce qui suffit pour le rendre passible des dommages-intérêts. Cela n'est pas exact ; il ne suffit pas de l'inexécution, il faut qu'elle soit imputable au débiteur, et elle ne l'est que s'il est en faute ou en demeure ; or, dans l'espèce, il n'y a ni demeure ni faute : cela nous paraît décisif (1).

392. Le créancier ne poursuit qu'un seul débiteur. Aux termes de l'article 1225, « l'héritier du débiteur, assigné pour la totalité de l'obligation, peut demander un délai pour mettre ses cohéritiers en cause. » Quel est l'objet de cette mise en cause? Un auteur répond qu'il s'agit de l'exception dilatoire de garantie réglée par le code de procédure (art. 175, suiv.) (2). Il est certain que le débiteur d'une obligation indivisible peut invoquer l'art. 175, car s'il est condamné seul, il a un recours en indemnité contre ses cohéritiers (art. 1225); ceux-ci sont donc ses garants et, par suite, il peut les appeler en garantie. Le motif de douter qui nous a arrêté dans les obligations solidaires (n° 297) n'existe pas pour les obligations indivisibles ; on ne peut pas dire du débiteur poursuivi pour la totalité de l'obligation qu'il s'est obligé à l'exécuter comme s'il était seul et unique débiteur, car il n'a con-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 334. Dans le même sens, Marcadé, t. IV, p. 499, art 1225, n° II. Mourlon, t. II, p. 579. Larombière, t. II, p. 795, art. 1225, n° 9 (Ed. B., t. II, p. 116). En sens contraire, Aubry et Rau, t. IV, p. 52 et note 20. Colmet de Santerre, t. V, p. 282, n° 160 *bis* IV ; et Demolombe, t. XXVI, p. 544, nos 608 et 609.

(2) Rodière, *De la solidarité et de l'indivisibilité*, n° 367, p. 288.

tracté aucune obligation pour le total; si le créancier peut la lui demander, c'est uniquement à raison de l'indivisibilité de la chose due : n'étant pas tenu pour le tout, rien ne l'empêche de mettre les autres débiteurs en cause pour faire statuer sur son recours. Mais la mise en cause n'a-t-elle pas encore un autre objet?

Si le droit de mettre les cohéritiers en cause n'avait pour objet que le recours en garantie, la disposition de l'article 1225 serait inutile, puisque ce recours est de droit commun. Le texte même de la loi prouve qu'il ne s'agit pas d'une exception dilatoire. Il y a un cas dans lequel, par exception, l'héritier assigné n'a point le droit de mettre ses cohéritiers en cause, c'est lorsque la dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné; et que décide l'article 1225 dans cette hypothèse? L'héritier assigné peut alors être condamné seul. Telle étant l'exception, la règle doit être que tous les cohéritiers seront condamnés; et s'ils le sont tous, ils ne peuvent l'être que pour leur part héréditaire. La tradition est en ce sens, bien que Pothier ne s'exprime pas en termes explicites sur la manière dont la condamnation sera prononcée. Les principes, du reste, ne laissent aucun doute. Dès que tous les débiteurs sont en cause, ils doivent être condamnés comme ils se sont obligés, car le juge ne fait que prêter son autorité à l'exécution de l'obligation. Or, les héritiers ne sont obligés chacun que pour sa part héréditaire; c'est donc pour cette part que le juge doit les condamner. On se récrie et l'on dit qu'il est impossible de condamner les héritiers à exécuter partiellement une obligation qui n'a point de parts. Cela est évident; aussi le créancier aura-t-il le droit de poursuivre l'exécution totale de l'obligation contre chacun des héritiers, il ne peut pas même les poursuivre autrement. A quoi bon alors, dira-t-on, la mise en cause de tous les héritiers et leur condamnation? L'héritier assigné pour la totalité de l'obligation y trouvera d'abord cet avantage qu'il pourra ne pas être forcé de remplir l'obligation, puisque le créancier a action contre chacun de ses cohéritiers condamnés comme lui; or, il y a toujours intérêt à ne

pas devoir exécuter l'obligation pour le tout, et à payer seulement sa part dans l'indemnité. Si l'obligation n'est pas exécutée, elle se convertit en dommages-intérêts, et alors le créancier devra diviser sa poursuite, il ne pourra demander à chacun des héritiers que sa part dans la dette devenue divisible (1).

393. Lorsque la dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné, il sera condamné seul, sans pouvoir mettre ses cohéritiers en cause (art. 1225); bien entendu, il ne le peut pas pour faire diviser la condamnation, mais il peut toujours les mettre en cause pour faire statuer sur son recours; c'est le droit commun, comme nous venons de le dire (n° 392). Pourquoi la loi ne permet-elle pas, dans ce cas, de diviser la condamnation? Le juge ne peut pas condamner un débiteur à remplir une obligation qu'il est dans l'impossibilité de remplir, alors qu'il y a en cause un débiteur qui peut l'exécuter. Du moins une pareille condamnation serait frustratoire. Il est plus naturel et plus simple de condamner pour le tout celui qui seul peut acquitter la dette, sauf à statuer en même temps sur son recours contre les autres débiteurs s'il les a mis en cause. La loi satisfait de cette manière à tous les intérêts.

394. Pothier donne comme exemple de l'exception, la dette d'une servitude de vue ou de passage que le défunt a promis d'imposer un de ses héritages qui est tombé au lot d'un de ses héritiers. Il n'y a que cet héritier qui puisse acquitter la dette, parce qu'une servitude ne peut être imposée que par le propriétaire de l'héritage. En ce cas, il sera seul condamné à la prestation de la servitude, sauf son recours contre ses cohéritiers, à moins qu'il n'ait été chargé par le partage de l'acquittement total de la dette.

Pothier donne comme exemple de la règle, la dette d'une servitude que le défunt se serait obligé de faire avoir à

(1) C'est l'opinion commune, sauf le dissentiment de Zachariæ, qui, sur ce point, est combattu par tous ses éditeurs (Aubry et Rau, t. IV, p. 51, note 19, § 301; Massé et Vergé, t. III, p. 369, note 11). Voyez Pothier, n°s 330 et 333. Duranton, t. XI, p. 417, n° 304. Colmet de Santerre, t. V, p. 280, n°s 160 *bis* I et II. Demolombe, t. XXVI, p. 537, n° 601 et p. 539, n° 602.

quelqu'un sur l'héritage d'un tiers. Il est possible à chacun des héritiers de s'accommoder avec le propriétaire de l'héritage; donc, de sa nature la dette peut être acquittée par chacun d'eux (1).

On voit par ces exemples, qui ne se sont peut-être jamais présentés, que cette matière est de pure théorie.

395. Pothier prévoit encore un troisième cas, celui où la dette indivisible ne peut être acquittée que conjointement par tous les obligés. Il donne comme exemple la dette d'une servitude à constituer sur un héritage commun. Dans ce cas, le créancier doit nécessairement donner la demande contre tous les débiteurs, copropriétaires de l'héritage sur lequel la servitude doit être imposée, et il faudra le concours de tous pour établir la servitude. Si l'un d'eux refuse, on applique ce que nous avons dit plus haut (n° 391) (2).

III. *Effet de l'indivisibilité quant à la prescription.*

396. L'acte qui interrompt la prescription contre l'un des débiteurs l'interrompt contre tous (art. 2249). On donne comme raison que le créancier, en agissant contre l'un des débiteurs, agit nécessairement pour le tout, puisqu'il ne peut pas agir pour partie, l'obligation n'étant pas susceptible de parts. Il conserve par cela même son droit pour le tout. Nous dirons plus loin que la raison n'est pas bonne.

L'acte d'un créancier d'une obligation indivisible qui interrompt la prescription profite aux autres. Il n'y a pas de disposition expresse sur ce point. On l'admet par argument *à fortiori* de ce que la loi dit de la *suspension* de la prescription.

La prescription suspendue au profit d'un créancier, par exemple, d'un mineur, est suspendue au profit de tous. Il n'y a pas de règle générale sur ce point; les articles 709 et 710 contiennent des applications de la règle

(1) Pothier, *Des obligations*, nos 332 et 333.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 334.

aux servitudes; et il y a motif identique de le décider dans le même sens pour toute espèce de droits indivisibles.

397. On a dit avec raison que ces règles exagèrent le principe de l'indivisibilité; on peut même dire qu'elles l'appliquent à faux. Le législateur s'est rendu coupable d'une confusion que nous avons reprochée à la jurisprudence, en assimilant l'indivisibilité et la solidarité, au moins en ce qui concerne l'interruption de la prescription. Quand il s'agit d'une dette solidaire, on peut dire que la prescription interrompue contre l'un des débiteurs l'est pour le total, et qu'elle l'est encore pour le total lorsqu'elle est interrompue en faveur de l'un des créanciers; en effet, il y a un lien entre les codébiteurs et les cocréanciers, ils sont associés et mandataires les uns des autres pour conserver la dette; donc la dette conservée en faveur de l'un des créanciers l'est nécessairement en faveur de tous; et on ne conçoit pas qu'interrompue contre l'un des débiteurs, elle ne le soit pas contre tous. Mais entre créanciers ou débiteurs d'une dette indivisible il n'y a aucun lien, ni société, ni mandat; donc ce qui est fait par l'un ne peut être réputé fait par tous, et ce qui est fait contre l'un ne peut être réputé fait contre tous.

Le motif que l'on donne pour justifier le principe admis en matière d'indivisibilité n'est pas décisif. De ce qu'une chose ne peut être due en partie, on a conclu que dès qu'elle était due par un débiteur ou à un créancier, elle était nécessairement due par tous ou à tous. Cela n'est rien moins que nécessaire; le texte même du code le prouve. Quand un des créanciers d'une dette indivisible fait remise de la créance, on aurait aussi pu dire qu'il fait remise de toute la dette, puisque la dette n'est pas susceptible de parts. Néanmoins la loi n'admet pas cette théorie; elle divise l'utilité qui résulte de la remise, en fait jouir le débiteur pour la part du créancier qui l'a faite et maintient l'indivisibilité au profit des autres. On pouvait aussi diviser le bénéfice qui résulte de la prescription. La créance aurait été conservée pour le tout au profit du créancier qui aurait interrompu la prescription,

mais en l'obligeant d'indemniser le débiteur de la valeur du droit que les autres créanciers auraient perdu par la prescription. De même, un seul débiteur étant interpellé, la dette eût été conservée pour le tout à son égard, à charge par le créancier de tenir compte des parts que les autres débiteurs libérés par la prescription auraient supportées dans la dette s'ils étaient restés obligés (1).

IV. *Effet de l'indivisibilité quant à la chose jugée.*

398. Quel est l'effet de la chose jugée entre l'un des créanciers et le débiteur? Quel est l'effet de la chose jugée entre l'un des débiteurs et le créancier? Nous ajournons l'examen de ces questions au chapitre qui est le siége de la matière.

V. *Indivisibilité et solidarité.*

399. L'article 1219 dit que la solidarité stipulée ne donne point à l'obligation le caractère d'indivisibilité. Il faut dire de même qu'une obligation indivisible n'est pas par cela seul solidaire (2). L'indivisibilité et la solidarité ont, il est vrai, un effet commun, c'est que chacun des débiteurs est tenu pour le total. Mais cette analogie n'est pas une raison pour identifier la dette solidaire et la dette indivisible. Elles diffèrent dans la cause qui leur donne naissance, ainsi que dans leurs effets, comme nous allons le dire. Même en ce qui concerne l'obligation du débiteur de payer la dette pour le total, il y a une différence essentielle entre la dette solidaire et la dette indivisible; elle est écrite dans le texte de la loi. Aux termes de l'article 1204, le débiteur solidaire assigné par le créancier ne peut pas lui opposer le bénéfice de division et, par suite, il ne peut demander la mise en cause de ses codé-

(1) C'est la remarque de Colmet de Santerre, t. V, p. 284, n° 161 *bis* I, suivi par Demolombe, t. XXVI, p. 555, n° 625. Tel est aussi l'avis de Valette (Mourlon, t. II, p. 577).
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 50, notes 13 et 14, § 301.

biteurs pour faire diviser la condamnation. L'article 1225, au contraire, donne au débiteur d'une dette indivisible le droit de mettre ses codébiteurs en cause dans le but de faire diviser la condamnation. Il ne faut donc pas dire, comme cela se lit dans tant d'arrêts, que les débiteurs d'une dette indivisible sont tenus solidairement; la loi ne s'exprime pas ainsi, elle dit que chacun d'eux est tenu pour le total. De là suit qu'alors même qu'une dette est indivisible, il y a intérêt pour le créancier de stipuler la solidarité, puisque, à certains égards, la solidarité lie les débiteurs d'une manière plus étroite que ne le fait l'indivisibilité.

400. Nous disons que les obligations solidaires et indivisibles diffèrent quant à la cause qui leur donne naissance. Une dette est indivisible, parce qu'elle n'est pas susceptible d'une exécution partielle, soit par sa nature, soit par la volonté des parties contractantes. Quand elle est indivisible par sa nature, la volonté des parties n'y est pour rien, elles ne pourraient pas même la rendre divisible. La solidarité, au contraire, dépend uniquement de la volonté des parties; elles stipulent ou elles s'engagent solidairement, et il faut que leur volonté soit manifestée d'une manière expresse. Il y a, à la vérité, une indivisibilité qui résulte de la volonté des parties contractantes, c'est celle d'obligation (art. 1218). Mais, dans ce cas-là même, il reste une différence essentielle entre l'indivisibilité et la solidarité; la volonté des parties, dans le cas de l'article 1218, a pour effet de créer une indivisibilité tellement absolue que l'obligation n'est même plus susceptible de division intellectuelle; tandis que l'obligation solidaire n'a rien de commun avec la nature de la prestation; la solidarité consiste tout entière dans le lien qui unit les débiteurs et qui fait qu'ils sont associés et mandataires les uns des autres. Il n'y a rien de pareil dans l'obligation indivisible. Dumoulin exprime cette différence dans des termes que tous les auteurs répètent et qu'il faut connaître, par conséquent : les débiteurs d'une obligation solidaire et indivisible doivent toute la dette, *totum*, et ils la doivent *totaliter*. L'article 1222 dit que

chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible en est tenu *pour le total;* et l'article 1200 dit que chacun des débiteurs solidaires peut être contraint *pour la totalité :* l'expression est la même. Les débiteurs d'une obligation indivisible doivent aussi toute la dette, *totum;* mais ils ne se sont pas engagés à payer le total, ils ne sont pas tenus *totaliter*, dit Dumoulin; tandis que les débiteurs solidaires sont tenus *totaliter*, puisque la solidarité résulte de l'engagement qu'ils ont contracté. De là suit qu'il y a un lien entre les débiteurs solidaires; la loi les appelle des *codébiteurs;* elle ne donne pas ce nom aux débiteurs d'une obligation indivisible; l'article 1222, au lieu de dire, chacun des *codébiteurs* d'une dette indivisible est tenu pour le total, dit : « Chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible; » ils sont débiteurs conjoints quant au lien d'obligation, car il n'y a aucun lien entre eux. Les débiteurs solidaires sont associés et mandataires les uns des autres; les débiteurs d'une dette indivisible ne sont pas liés par l'association; il n'y a pas de mot qui exprime cette conjonction, parce que la conjonction n'existe pas; on dit débiteurs *solidaires*, on ne dit pas débiteurs indivisibles (1).

401. La solidarité résulte de l'engagement contracté par les débiteurs, et leurs obligations sont une loi dont il ne leur est pas permis de s'affranchir. S'ils ne peuvent pas les remplir, cela n'empêche pas qu'ils ne restent tenus comme ils s'étaient obligés; donc ils sont tenus solidairement des dommages et intérêts.

L'indivisibilité résulte de la nature de la chose due, alors même que c'est par la volonté des parties que la chose due est considérée comme n'étant pas susceptible de division quoiqu'elle soit divisible; les débiteurs ne se sont pas obligés de payer le total; s'ils le doivent, c'est uniquement parce que la chose ou le fait ne peuvent pas être prestées partiellement. Si donc la dette se transforme en dommages-intérêts par suite de l'inexécution, chacun

(1) Comparez Pothier, *Des obligations*, nos 322-324. Duranton, t. XI, p. 343, n° 266. Mourlon, t. II, p. 583. Colmet de Santerre, t. V, p. 260, n° 155 *bis*.

des débiteurs ne pourra être poursuivi que pour sa part, et il se libérera en payant sa part; l'indivisibilité cesse, puisque la cause qui l'a produite vient à cesser.

402. La chose due solidairement périt par la faute ou pendant la demeure de l'un des débiteurs solidaires; l'obligation est conservée à l'égard des autres. Quelle en est la raison? Le lien de solidarité ne peut pas être rompu par le fait de l'un des débiteurs; ils sont associés pour conserver la dette, donc le fait de l'un devient le fait de l'autre (art. 1205).

Si la chose due par plusieurs personnes est indivisible, la perte arrivée par le fait de l'un des débiteurs libérera les autres; c'est un cas fortuit à leur égard; n'étant pas liés par une association ni par un mandat, ils sont étrangers entre eux, le fait de l'un est donc pour les autres le fait d'un tiers, c'est-à-dire un cas fortuit qui les libère.

403. La mise en demeure de l'un des débiteurs solidaires constitue les autres en demeure. C'est une conséquence du lien qui les unit; le fait de l'un devient le fait des autres. Il n'en est pas de même dans les obligations indivisibles. Nous venons d'en dire la raison.

404. La loi assimile les obligations solidaires et les obligations indivisibles en ce qui concerne l'interruption de la prescription. Mais il reste une différence lorsque l'interruption est intervenue à l'égard des héritiers. « L'interpellation faite à l'un des héritiers d'un débiteur solidaire n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres cohéritiers, si l'obligation n'est indivisible. » C'est que la dette solidaire se divise entre les héritiers; tandis que la dette indivisible reste, à l'égard des héritiers, ce qu'elle était à l'égard du défunt.

Dans notre opinion, il y a une autre différence entre les créances solidaires et les créances indivisibles en ce qui concerne la suspension de la prescription. Elle est suspendue au profit de tous quand elle ne court pas contre l'un des créanciers d'une dette indivisible. Il en est autrement, à notre avis, pour les créances solidaires (nº 264).

405. Les dettes solidaires se divisent entre les héri-

tiers; nous avons dit pourquoi et en quel sens (n° 327) C'est, au contraire, à l'égard des héritiers que les dettes indivisibles produisent l'effet qui les caractérise de ne pouvoir se diviser, à raison du nombre des obligés.

406. Les différences entre les obligations solidaires et indivisibles étant si nombreuses et si importantes, on doit s'étonner que la jurisprudence les confonde si souvent. Il y a une confusion qui se rencontre presque dans tous les arrêts; de ce que les débiteurs d'une obligation indivisible en sont tenus pour le total, on conclut qu'ils sont tenus solidairement (1). C'est une inexactitude de langage, plutôt que de principes. Encore faut-il l'éviter, car elle fait croire que l'indivisibilité engendre la solidarité, ce qui est certes une erreur.

Il y a des arrêts de la cour de cassation qui poussent la confusion plus loin : l'erreur n'est plus dans le langage, elle est dans les principes. Quelle est l'obligation du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué en ce qui concerne le payement du prix? est-elle solidaire? est-elle indivisible? La question ainsi formulée est une vraie hérésie. Est-ce que le tiers détenteur est *obligé* à quoi que ce soit? C'est parce qu'il n'est débiteur personnel à aucun titre qu'on l'appelle *tiers* détenteur. Cependant on lit dans un arrêt de la cour de cassation que le tiers détenteur qui, actionné par le vendeur, refuse de lui délaisser le bien vendu, est tenu de remplir les obligations contractées par le premier acheteur et est tenu de payer au vendeur le prix encore dû par ce dernier. Ceci est une erreur de langage et de principes. Le tiers détenteur n'est tenu à rien qu'à se laisser exproprier; mais la loi lui donne deux moyens d'éviter l'expropriation : il peut ou délaisser ou payer. Payer n'est donc pas une *obligation* pour lui, c'est une faculté, un droit dont il use ou n'use pas. En payant, il se met en lieu et place du débiteur qui a hypothéqué l'immeuble, ou qui l'a grevé d'un privilége. Ce n'est qu'en ce sens que l'on peut parler d'une obliga-

(1) Bruxelles, 28 novembre 1806 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1523, 1°), et un grand nombre d'arrêts. Comparez les arrêts cités par Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1523).

tion à charge du tiers détenteur. Quelle en est la nature? La cour de cassation répond que c'est une obligation solidaire. Elle avoue que cette prétendue solidarité ne résulte pas d'une stipulation expresse, comme le veut l'article 1202, mais la cour prétend qu'elle résulte de la disposition de la loi. Quelle est cette loi? L'article 1218! En effet, le payement du prix, quoique divisible de sa nature, n'est pas susceptible d'exécution partielle, suivant le rapport sous lequel il est ordonné par la loi (1). Ici la confusion est complète. Que dit l'article 1218? Y est-il question de solidarité? Non, l'article traite de l'indivisibilité d'obligation ; et quand cette indivisibilité existe-t-elle? Est-ce la loi qui l'établit, comme le dit la cour? Ce sont, au contraire, les parties contractantes qui, par leur volonté, rendent indivisible une obligation qui par sa nature est divisible. L'obligation devient, dans ce cas, non solidaire, mais indivisible, à ce point qu'elle est assimilée à l'indivisibilité absolue de l'article 1217. Ainsi ce qui, d'après le texte du code, est une indivisibilité conventionnelle est transformé par la cour de cassation en une solidarité établie par la loi! Et cet étrange arrêt a été rendu sur le rapport de Lasagni, un des magistrats les plus distingués de la cour!

Nous pourrions multiplier nos citations : celle-ci suffit à notre but. Ce n'est pas par envie de critiquer que nous soumettons la jurisprudence à une censure sévère, c'est pour montrer aux jeunes légistes quelle est l'importance des principes. C'est aussi l'excuse d'un travail dont la longueur dépasse de beaucoup nos prévisions : si nos volumes s'accumulent, c'est précisément parce que nous devons à chaque instant rétablir les vrais principes contre la jurisprudence et parfois contre la doctrine qui les méconnaissent.

(1) Rejet, 30 juillet 1834 (Dalloz, au mot *Vente*, n° 1347).

N° 3. DE L'INDIVISIBILITÉ DE PAYEMENT.

1. *Cas dans lesquels il y a indivisibilité de payement.*

I. DES DETTES HYPOTHÉCAIRES.

407. L'article 1220 établit le principe que l'obligation qui est susceptible de division se divise à l'égard des héritiers du créancier et du débiteur, lesquels ne sont tenus de la payer que pour leur part héréditaire. Puis l'article 1221 dit que ce principe reçoit exception, à l'égard des héritiers du débiteur, dans les cas qui y sont énumérés. La première de ces exceptions concerne la dette hypothécaire; la fin de l'article ajoute que l'héritier qui possède le fonds hypothéqué à la dette peut être poursuivi pour le tout sur le fonds hypothéqué, sauf le recours contre ses cohéritiers. Tous les auteurs remarquent que cette première exception au principe de la division des dettes entre les héritiers n'est pas une exception véritable. Pothier l'explique comme suit(1). La dette se divise entre les héritiers; en conséquence ils ne sont tenus de l'action personnelle qui résulte de l'obligation du défunt que pour leur part héréditaire; néanmoins ils peuvent être poursuivis hypothécairement pour le total de cette dette comme possesseurs des biens qui y sont hypothéqués. Si la dette personnelle ne se divise pas, on ne peut pas dire que la dette hypothécaire soit une exception à la règle de la divisibilité des dettes, c'est plutôt une application de la règle. L'hypothèque est indivisible; celui qui est héritier pour un quart et détenteur d'un immeuble hypothéqué à la dette ne peut être poursuivi comme héritier du débiteur que pour un quart, donc la dette, quoique hypothécaire, se divise; mais il peut être poursuivi hypothécairement pour toute la dette, et s'il paye sa part héréditaire, il peut encore être poursuivi hypothécairement pour les trois quarts qui restent dus. Le numéro 1 de l'article 1221 est donc une application du droit que l'hypothèque donne

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 300.

au créancier, ce n'est pas une exception à la division des dettes ; comme débiteur, l'héritier ne peut être actionné que pour un quart; s'il peut être poursuivi hypothécairement pour le tout, ce n'est pas comme débiteur, c'est comme détenteur de l'immeuble hypothéqué ; pour mieux dire, le créancier exproprie l'immeuble entre ses mains; le détenteur peut se mettre à l'abri de cette poursuite en payant sa part dans la dette et en délaissant l'immeuble (1).

408. Ce dernier point est controversé, comme nous le dirons au titre des *Hypothèques*. Les éditeurs de Zachariæ enseignent le contraire et prétendent que l'objet de l'article 1221, 1°, est précisément de dire que l'héritier, propriétaire de l'immeuble hypothéqué, ne peut délaisser, quoiqu'il paye sa part dans la dette (2). Cette interprétation de la loi est purement conjecturale ; elle n'a aucun appui dans le texte, elle n'en a aucun dans les travaux préparatoires. Bigot-Préameneu explique cette première exception comme Pothier l'avait fait ; il ne dit pas un mot de l'obligation qui incomberait à l'héritier de payer toute la dette sans pouvoir délaisser. C'est une interprétation bien chanceuse que celle qui consiste à attribuer au législateur une opinion dont il n'y a aucune trace ni dans la tradition ni dans la discussion. Cette opinion serait une exception au droit qu'a tout tiers détenteur; or, une disposition exceptionnelle demande un texte formel, on ne peut pas la baser sur une conjecture ; le sens que MM. Aubry et Rau donnent à l'article 1221 n'est pas autre chose.

2. DETTE D'UN CORPS CERTAIN.

409. Lorsque la dette est d'un corps certain, l'héritier qui possède la chose due peut être poursuivi pour le tout sur la chose due, sauf le recours contre ses cohéritiers.

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 101 (Locré, t. VI, p. 165). Toullier, t. III, 2, p. 465, n[os] 762-764. Duranton, t. XI, p. 370, n[os] 277, 278 et tous les auteurs.
(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 54, note 26, § 301.

Pour que l'un des héritiers possède la chose due par le défunt, il faut qu'il y ait eu partage. La loi suppose donc que le défunt était débiteur d'un corps certain. Si c'est en vertu d'un contrat translatif de propriété, tel qu'une vente, la propriété a été transmise au créancier par le seul effet de la perfection de la vente : la chose due n'appartenant pas à l'hérédité, n'a pas pu être comprise dans le partage; si elle a été mise au lot d'un héritier, ce doit être ou par erreur, ou pour le charger de faire la délivrance de la chose au créancier. Celui-ci a deux actions, une action en revendication qu'il intente, d'après le droit commun, contre le détenteur de la chose qui lui appartient. C'est une action réelle dont la loi ne parle pas dans l'article 1221 ; il ne peut pas s'agir de diviser une action en revendication. Le créancier a encore une action naissant du contrat, action personnelle contre les héritiers du débiteur; c'est de cette action que parle l'article 1221 ; elle est divisible, puisqu'elle a pour objet la délivrance d'un corps certain, ce qui forme une dette divisible, mais la loi la range parmi les dettes indivisibles sous le rapport du payement. Elle est indivisible en ce sens que le créancier peut agir pour le tout contre l'héritier qui possède la chose due. Pourquoi la loi lui donne-t-elle ce droit? L'orateur du gouvernement répond que c'est pour éviter un circuit vicieux d'actions; si le créancier s'adressait aux autres héritiers, ceux-ci devraient revenir vers l'héritier qui est possesseur de la chose. Il est certain qu'il est plus simple et plus commode pour le créancier d'agir contre le possesseur de la chose qui peut immédiatement lui en faire la délivrance. Toujours est-il que la disposition déroge au principe de la division des dettes entre les héritiers : celui-là même qui est possesseur de la chose pourrait invoquer ce principe et soutenir qu'il n'est tenu de la délivrance que pour sa part; et comme le créancier ne peut pas demander aux autres héritiers qu'ils lui délivrent une chose qu'ils ne possèdent pas, son action contre eux aboutirait à des dommages-intérêts. Ce résultat est contraire à l'intention des parties contractantes et justifie pleinement la décision de la loi : le

créancier a stipulé un corps certain, il y a droit, pourvu que l'exécution de l'obligation soit possible ; or, elle est possible, puisque l'un des héritiers détient la chose et peut en faire la délivrance; la loi devait donc permettre au créancier de lui demander l'exécution de l'obligation pour le total, sauf à lui à agir en indemnité contre ses cohéritiers, en supposant que l'acte de partage ne l'ait pas chargé du payement intégral de la dette (1).

410. Pothier dit que les cohéritiers de celui qui possède la chose due ne laissent pas d'être tenus de l'obligation du défunt, alors même que l'acte de partage aurait mis la chose due dans le lot de l'héritier chargé de payer la dette pour le total. Ils sont tenus de la dette comme représentants du débiteur, et ils ne peuvent pas se décharger de cette obligation personnelle en mettant la dette à charge d'un copartageant. Cela est élémentaire; il en résulte que le créancier conserve son action divisée contre chacun des héritiers pour sa part héréditaire. La loi, en déclarant le payement indivisible, donne un droit au créancier, elle ne lui impose pas d'obligation. Il peut donc diviser son action s'il le juge convenable (2).

411. L'article 1221, n° 2, s'applique encore au cas où la dette consiste dans la restitution d'une chose dont le défunt n'avait que la simple détention. Par exemple, dit Pothier, l'on vous a prêté ou donné en dépôt des livres : la chose étant divisible, la dette l'est aussi. Toutefois celui des héritiers à qui la possession des livres aura été confiée sera tenu pour le total de la restitution. Pothier en faisait une exception à part; en réalité, elle rentre dans l'exception du n° 2 de l'article 1221, car la loi ne distingue pas à quel titre la chose est due. Et dans notre droit moderne, le cas de la translation de la propriété et celui de la restitution d'un prêt ou d'un dépôt se confondent, en ce sens du moins que dans les deux hypothèses la propriété appartient au créancier, il s'agit seulement de le mettre

(1) Exposé des motifs, n° 101 (Locré, t. VI, p. 165). Colmet de Santerre, t. V, p. 266, n° 157 *bis* II. Comparez Duranton, t. XI, p. 375, n° 281; p. 378, n°s 284 et 285.

(2) Pothier, n° 301. Colmet de Santerre, t. V, p. 266, n° 157 *bis* I.

en possession en lui faisant la délivrance ou la restitution de la chose due. Il est naturel que cette obligation soit remplie par celui des héritiers qui seul est à même de l'exécuter comme possesseur de la chose. Les autres héritiers, dit Pothier, y gagnent, puisqu'ils sont déchargés de l'obligation qui leur incombait comme représentants du débiteur (1).

412. Si le partage n'a pas été fait, l'article 1221 n'est plus applicable, puisqu'il suppose que la chose due est possédée par l'un des héritiers. Alors même que le partage se ferait, la chose due ne sera pas d'ordinaire comprise dans les lots, car on ne partage pas ce qui n'appartient pas au défunt. Dans ces deux cas, l'exception étant inapplicable, on reste sous l'empire de la règle. La dette étant divisible, elle se divisera entre les héritiers, et le créancier agira contre chacun pour sa part héréditaire (2).

3. DETTE ALTERNATIVE.

413. L'article 1221, n° 3, porte : « Lorsqu'il s'agit de la dette alternative de choses au choix du créancier, dont l'une est indivisible, l'héritier qui possède la chose due peut être poursuivi pour le tout sur la chose due, sauf le recours contre ses cohéritiers. » Voici l'hypothèse prévue par la loi. Le défunt avait promis 1,000 francs ou une servitude de passage sur son fonds, le choix étant réservé au créancier. Après la mort du débiteur, le créancier peut choisir ou les mille francs ou la servitude. S'il choisit les mille francs, la dette devient divisible, même quant au payement. S'il choisit la servitude, son droit est indivisible; or, une obligation indivisible ne peut être considérée comme exception à la divisibilité. Ainsi, quel que soit le choix du créancier, l'obligation sera ou divisible pour le tout ou indivisible : où donc est l'exception au principe de la division des dettes divisibles?

Telle est la critique que la plupart des auteurs font du

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 303.
(2) Duranton, t. XI, p. 386, n° 288. Colmet de Santerre, t. V, p. 267, n° 157 *bis* II.

texte de la loi. Elle n'est pas même complète. On suppose que si le créancier choisit la servitude, il y aura dette indivisible. Il n'en est rien. La translation du droit réel se fait au moment où la chose est déterminée; or, elle est déterminée par le choix du créancier; donc dès l'instant où il a choisi la servitude de passage la servitude existera; il ne peut donc plus s'agir de l'obligation de constituer un droit indivisible. Dans cette hypothèse, il n'y a pas d'obligation, et si le créancier choisit les mille francs, il y aura une obligation divisible. Ce qui fait que la disposition de la loi est absolument étrangère à la matière de l'indivisibilité. On est tenté de dire que la loi n'a point de sens (1).

414. Elle a cependant un sens. L'orateur du gouvernement l'a expliquée comme suit : « S'il s'agit de la dette alternative de choses au choix du créancier, et dont l'une soit indivisible, *les héritiers ne sauraient réclamer une division* qui serait contraire au droit que le créancier a de choisir ou au choix qu'il aurait fait. » Cela est peu clair; il faut une explication pour comprendre l'explication. On suppose que le créancier choisit la chose indivisible : en a-t-il le droit? Telle est la difficulté que résout l'article 1221. Il y avait un léger doute : les héritiers ne pourraient-ils pas dire au créancier qu'en optant pour la chose indivisible il fait obstacle à l'application de la règle qui prescrit la division des dettes entre héritiers? Cette division doit se faire dès qu'elle est possible; or, dans l'espèce, elle était possible, puisque l'obligation comprenait une somme de 1,000 francs; c'est le créancier qui a rendu la division impossible en choisissant la chose indivisible. On lui conteste ce droit (2). Si on le lui contestait, ce serait à tort, il le tient de la convention; or, la convention passe aux héritiers; le créancier a contre les héritiers le droit qu'il avait contre le défunt; il peut donc, sans doute aucun, choisir la chose indivisible. En définitive, l'explication de Bigot-Préameneu n'explique

(1) Duranton, t. XI, p. 387, nº 289.
(2) Toullier, t. III, 2, p. 467, nº 765. Aubry et Rau, t. IV, p. 55, note 32, § 301. Colmet de Santerre, t. V, p. 268, nº 157 *bis* IV.

rien : si la disposition n'est pas un non-sens, du moins faut-il avouer qu'elle est inutile.

415. Les auteurs du code ont suivi en cette matière Pothier, pour ainsi dire pas à pas. On ne voit pas pourquoi ils se sont écartés de sa doctrine en ce qui concerne les obligations alternatives. Elles sont indivisibles sous le rapport du payement, dit Pothier, en ce sens que celle des parties contractantes qui a le choix ne peut pas demander partie de l'une des choses, partie de l'autre; et ce que le débiteur ou le créancier n'a pas le droit de faire, leurs héritiers non plus n'en ont pas le droit. L'un des héritiers, dans l'exemple que nous avons donné (n° 413), ne pourrait donc pas offrir ou demander sa part dans la dette de 1,000 francs et un autre offrir ou demander la constitution de la servitude de passage. Il faudra que les héritiers du créancier ou ceux du débiteur s'entendent pour le choix de l'un des objets compris dans l'obligation (1). Nous renvoyons à ce qui a été dit sur les obligations alternatives.

4. CAS OU L'UN DES HÉRITIERS EST CHARGÉ SEUL DE L'EXÉCUTION DE L'OBLIGATION.

416. La quatrième exception comprend le cas où « l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation. Cet héritier, seul chargé de la dette, peut aussi être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers. » Dans ce cas, l'indivisibilité du payement résulte de la volonté expresse des parties contractantes. La volonté, dit Bigot-Préameneu, de dispenser son créancier d'une division incommode doit être remplie. L'indivisibilité est donc stipulée pour épargner au créancier les incommodités d'un payement divisé. Pothier éprouvait quelque scrupule au point de vue du droit : cette clause n'est-elle pas contraire au principe qui défend de stipuler pour autrui? Les dettes se divisent de plein droit entre les héritiers du débiteur; chacun ne doit que sa part dans la dette, convenir que l'un d'eux sera tenu pour une plus

(1) Pothier, n° 312. Duranton, t. XI, p. 389, n° 290.

grande part que sa part héréditaire, c'est stipuler que celui qui est étranger à une dette peut être tenu de la payer : le défunt a-t-il pu faire une pareille promesse? Pothier répond à l'objection en distinguant la dette du payement de la dette. Sans doute les parties ne pourraient pas, par leurs conventions, déroger aux droits ou aux obligations de leurs futurs héritiers; ce serait non-seulement stipuler ou promettre pour un tiers, ce serait faire un pacte sur une succession future; à tous égards donc une pareille clause serait nulle. Il en est autrement de l'exécution de l'obligation; l'un des héritiers ne peut être chargé pour le tout sans que la convention déroge à ses droits. Sa position restera la même. Seulement il devra payer la dette pour le total et exercer ensuite son recours contre ses cohéritiers (1).

417. La convention porte que chaque héritier sera tenu pour le total. Cette convention est-elle valable? On l'admet généralement et avec raison. Il ne s'agit toujours que du payement; or, si l'un des héritiers peut être chargé du payement de toute la dette, pourquoi la même charge ne pourrait-elle pas être imposée à ses cohéritiers? Elle aboutira à donner au créancier la faculté de poursuivre celui des héritiers qu'il voudra choisir ; bien entendu que celui qui payera le total de la dette aura son recours contre ses cohéritiers (2).

La cour de cassation a jugé en ce sens, mais avec une restriction. Si l'un des héritiers accepte sous bénéfice d'inventaire, pourra-t-il néanmoins être actionné pour le tout? La cour dit que ce serait une dérogation au bénéfice d'inventaire, c'est-à-dire à un bénéfice que la loi donne; il faudrait aussi une disposition de la loi pour qu'il fût permis d'y déroger (3). Nous avons dit ailleurs (t. X, n° 94) que tel n'est pas notre avis.

(1) Pothier, n° 313. Duranton, t. XI, p. 395, n° 295. Colmet de Santerre, t. V, p. 270, n° 157 *bis* VI. Demolombe, t. XXVI, p. 504, n° 572.
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 270, n° 157 *bis* VII. Demolombe, t. XXVI, p. 505, n° 574.
(3) Rejet, chambre civile, 16 février 1858 (Dalloz, 1858, 1, 128).

5. DES CAS PRÉVUS PAR L'ARTICLE 1221, N° 5.

418. L'article 1221, n° 5, est ainsi conçu : « Lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin que l'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement, chaque héritier pourra être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers. » Cette disposition, empruntée à Pothier, a été vivement critiquée; il faut avant tout préciser les cas auxquels elle s'applique. C'est l'intention des parties contractantes qui, dans les cas prévus par le numéro 5, rend la dette indivisible sous le rapport du payement. L'intention peut se manifester d'une manière expresse; c'est le cas du numéro 4: la convention porte en termes formels, on le suppose, que l'un des héritiers ou chacun des héritiers sera tenu d'exécuter l'obligation pour le total. Ce qui peut se faire expressément peut aussi se faire tacitement. L'article 1221, n° 5, dit dans quels cas l'intention est tacite. Elle peut d'abord résulter de la *nature de l'engagement*. Pothier ne dit pas ce qu'il entend par là, et il ne donne pas d'exemple. Il est assez difficile d'en citer un; ceux que l'on trouve dans les auteurs se rapportent plutôt au second cas prévu par le numéro 5. On peut rapporter au premier cas, une obligation alternative dans laquelle le choix est indivisible : le créancier peut refuser de recevoir une partie de l'une des choses qui y sont comprises; il faut donc que tous les héritiers s'entendent, s'ils ont le choix.

L'intention des contractants que la dette ne puisse s'acquitter partiellement peut résulter en second lieu de la chose qui fait l'objet de l'obligation. Cela se présume facilement, dit Pothier, lorsque la chose qui fait l'objet de la convention est susceptible, à la vérité, de parties intellectuelles et est, par conséquent, divisible, mais ne peut être divisée en parties réelles. Telle serait la dette d'un cheval indéterminé. Cela se présume, même à l'égard des choses qui peuvent se partager en parties réelles,

lorsqu'elles ne peuvent l'être sans qu'il en résulte un préjudice pour le créancier. J'achète un héritage ou je le prends à ferme; quoique cet héritage soit susceptible de parties, néanmoins un des héritiers de celui qui me l'a vendu ou donné à bail ne serait pas reçu à m'offrir sa part divisée ou indivisée de cet héritage pour s'acquitter envers moi de son obligation, si ses cohéritiers n'étaient aussi, de leur côté, prêts à me délivrer les leurs; en effet, la division de l'héritage me porterait préjudice, je ne l'ai acheté ou pris à ferme que pour l'avoir en total ou pour en jouir en total; et je n'en aurais ni acheté ni pris à bail une partie. D'après l'article 1221, il faut ajouter que je puis poursuivre chaque héritier pour le tout. Remarquons que l'exemple, ainsi formulé, rentre dans le numéro 2; il faut donc supposer qu'il s'agit d'un héritage indéterminé, ce qui rend l'application très-peu pratique.

La fin que les contractants se sont proposée peut aussi empêcher le payement partiel, même des dettes d'une somme d'argent. Par exemple, si j'ai besoin d'une somme de 10,000 francs pour exercer un réméré et si je stipule cette somme de vous, vos héritiers ne pourraient pas me l'offrir par partie et j'ai le droit de la demander pour le total à chacun d'eux; un payement partiel ne répondrait pas au but que les contractants ont en vue (1).

419. On voit que la disposition du numéro 5 reste vague et obscure, malgré les explications de Pothier. Il y a une difficulté plus grande. Les termes dans lesquels est conçu l'article 1221 ont une grande analogie avec les termes de l'article 1218. Toullier et Duranton disent qu'ils n'y voient aucune différence. Est-il possible, dit-on, d'apercevoir quelque différence entre une obligation qui est indivisible, parce que *le rapport sous lequel elle a été considérée* ne la rend pas susceptible d'*exécution partielle* (art. 1218), et l'obligation qui est indivisible quant au payement, parce qu'il résulte, soit *de la nature de l'engagement, soit de la nature de la chose* qui en fait

(1) Pothier, n° 315. Colmet de Santerre, t. V, p. 271, n° 257 *bis* VIII. Mourlon, t. II, p. 582, 5°. Aubry et Rau, t. IV, p. 58, notes 38-41, § 301.

l'objet, soit *de la fin qu'on s'est proposée*, que l'intention des contractants a été *que la dette ne pût s'acquitter partiellement?* Si les mots ne sont pas les mêmes, l'idée qu'ils expriment est identique. De là résulte une singulière confusion : une seule et même obligation est prévue par l'article 1218 et par l'article 1221, n° 5; or, d'après l'article 1218, elle est *indivisible*, à tel point qu'elle n'est pas même susceptible de parties intellectuelles et, d'après l'article 1221, n° 5, cette même obligation est *divisible*, seulement le payement ne peut être poursuivi pour le total contre chacun des héritiers du débiteur. Ainsi une seule et même obligation est tout ensemble *indivisible* et *divisible* et produit des effets absolument différents. Cela est contradictoire et absurde (1).

Le reproche de contradiction n'est point mérité. Il y a une différence entre l'obligation de l'article 1218 et celle de l'article 1221, n° 5. Dans les deux cas, c'est la volonté des parties contractantes qui détermine la nature et les effets de l'obligation; mais cette volonté peut différer. Dans le cas prévu par l'article 1218, la volonté des parties est que l'obligation elle-même devienne indivisible, comme si elle l'était par sa nature. Dans le cas prévu par l'article 1221, n° 5, la volonté des parties est que l'obligation reste divisible, mais dans leur intention le payement ne pourra se faire par partie (2). La distinction est juste, mais avouons que si elle est juridique en théorie, il sera bien difficile de l'appliquer; elle suppose que les parties contractantes connaissent la différence entre l'indivisibilité d'obligation et l'indivisibilité de payement, et quand d'excellents esprits, comme Toullier et Duranton, s'y sont trompés, comment veut-on que des personnes étrangères à la science du droit comprennent ce que des jurisconsultes consommés n'ont pas compris? L'explication qui est aujourd'hui généralement admise n'absout

(1) Toullier, t. III, 2, p. 486, n° 792. Duranton, t. XI, p. 314, n° 257, p. 405, n°s 299-301.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 57, note 37, § 301. Colmet de Santerre, t. V, p. 273, n°s 157 *bis* IX et X. Demolombe, t. XXVI, p. 466, n° 531 et p. 471, n° 534.

pas le législateur du reproche d'obscurité; il est certain que la rédaction de l'article 1218 et celle de l'article 1221, n° 5, sont presque identiques; et là où la loi semble confondre, comment veut-on que les parties distinguent? Car tout dépend de leur intention.

II. *Effet de l'indivisibilité de payement.*

420. Pothier ne donne qu'un seul effet à l'indivisibilité de payement. Quand l'obligation est divisible, chacun des héritiers du débiteur peut payer sa part divisée, et le créancier est obligé de la recevoir. Par exception, les héritiers du débiteur ne peuvent pas offrir un payement divisé, dans les cas où il y a indivisibilité de payement; ils doivent s'entendre entre eux pour faire un payement intégral. Quel est, dans cette théorie, le droit du créancier? Il peut demander que les héritiers du débiteur se mettent d'accord pour lui faire un payement intégral, mais il ne peut pas poursuivre chacun d'eux pour le total; ce droit ne lui appartient que lorsqu'il y a indivisibilité véritable (1).

Le code a dérogé à l'ancien droit : l'article 1221 est formel; il donne au créancier le droit de poursuivre pour le total, tantôt l'un des héritiers, tantôt chaque héritier; ce qui rapproche l'indivisibilité de payement de l'indivisibilité proprement dite. Quel est le motif de cette innovation? Nous l'ignorons. L'innovation est logique, en ce sens que l'indivisibilité de payement étant une exception à la division de la dette, il en résulte que la dette ne se divise pas, de sorte que chaque héritier ou l'un des héritiers doit payer le tout, d'où la conséquence que le créancier peut aussi poursuivre le payement pour le tout. Mais quoique logique, cette conséquence n'en est pas moins une exception, et il faut la restreindre dans les limites que le texte lui assigne. De là suit que l'indivisibilité de payement n'a d'autre effet que celui que l'article 1221 lui attribue.

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 316.

421. L'innovation, à d'autres égards, n'est pas heureuse. Elle semble assimiler l'indivisibilité de payement à l'indivisibilité absolue, au moins en ce qui concerne le droit de poursuite. En faut-il conclure que l'héritier poursuivi pour le tout peut mettre ses cohéritiers en cause? L'article 1225 donne ce droit à l'héritier quand l'obligation est indivisible. Au premier abord, on est tenté de croire que l'héritier doit avoir ce droit, à plus forte raison quand l'obligation est divisible et que le payement n'en peut être divisé. La raison est mauvaise. On ne peut pas donner à l'indivisibilité de payement les effets que la loi attribue à l'indivisibilité absolue; au point de vue des textes, cela n'est pas douteux. Le code ne connaît pas l'expression d'indivisibilité de payement, il en traite dans le paragraphe intitulé: *Des effets de l'obligation divisible*; or, il ne lui donne qu'un seul effet, celui que nous venons de signaler et on ne peut certes pas étendre aux obligations divisibles les effets que la loi attribue aux obligations indivisibles. Cela est décisif. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Pourquoi l'article 1225 permet-il à l'héritier assigné de mettre ses cohéritiers en cause? Cette mise en cause et la condamnation qui en résulte ne portent aucune atteinte aux droits du créancier; malgré la condamnation divisée des héritiers, il peut poursuivre l'exécution du jugement pour le total, parce qu'il est impossible d'en demander l'exécution partielle. Il en serait autrement si l'héritier poursuivi pouvait mettre ses cohéritiers en cause dans les cas prévus par l'article 1221; l'obligation étant divisible, la condamnation divisée aurait pour effet l'exécution divisée, ce qui est en opposition avec l'effet que la loi attribue à ces obligations : l'exécution ne peut être poursuivie pour le tout, d'après l'article 1221, sauf le recours de l'héritier qui a payé le total contre ses cohéritiers, ce qui implique que, poursuivi pour le total, il paye aussi le total. La mise en cause et la condamnation divisée ne se conçoivent donc pas quand il s'agit de l'indivisibilité de payement (1).

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 36, note 35, § 301, et tous les auteurs, sauf Duranton (t. XI, p. 401, n° 297) dont l'opinion est restée isolée.

422. L'indivisibilité de payement a-t-elle un effet à l'égard des héritiers du créancier? La négative résulte du texte de la loi. Après avoir dit dans l'article 1220 que l'obligation susceptible de division se divise entre les héritiers du créancier et les héritiers du débiteur, le code ajoute : « Le principe établi dans l'article précédent reçoit *exception* à l'égard des *héritiers* du *débiteur* » (article 1221). C'est dire que les héritiers du créancier restent dans la règle, qui est la division. Les créances de l'article 1221 se divisent donc de plein droit entre les héritiers du créancier, comme toute obligation divisible; chacun d'eux ne peut réclamer que sa part héréditaire dans la créance; mais si le débiteur, de son côté, vient à mourir laissant plusieurs héritiers, chaque héritier du créancier pourra demander le payement du total de sa part à l'héritier qui est tenu de payer le tout, suivant les distinctions faites par l'article 1221.

423. Les héritiers du débiteur ne sont liés par aucun lien ; la dette se divise entre eux d'après la part héréditaire de chacun. Cette division produit tous ses effets, sauf l'exception que fait l'article 1221. De ce que l'un des héritiers ou chaque héritier peut être poursuivi pour le tout il ne faut donc pas conclure que la prescription est interrompue pour le tout contre tous les débiteurs; ce serait étendre une disposition exceptionnelle, ce qui ne se peut. Tout ce qui résulte des principes, c'est que le créancier qui agit pour le tout contre l'un des héritiers conserve son droit contre cet héritier. Aller plus loin, ce serait dépasser la loi. L'article 2249 résiste également à une interprétation extensive; il n'est applicable qu'aux obligations indivisibles; or, l'article 1221 ne donne pas le nom d'*obligations indivisibles* à celles qui ne le sont qu'au point de vue du payement. Cela décide la question. Le créancier qui a laissé périr son droit par la prescription en n'agissant que contre celui des héritiers qui est tenu au payement de toute la dette, doit tenir compte à celui-ci de la part de ses cohéritiers à l'égard desquels son droit est prescrit; car l'héritier condamné pour le tout n'aura plus de recours contre ses cohéritiers, alors que la

loi ne permet de le condamner pour le tout que sous le bénéfice de ce recours; s'il perd ce recours par la faute du créancier, il est juste que celui-ci en supporte les conséquences. Ce point est cependant controversé (1).

SECTION VII. — Des obligations avec clause pénale.

§ Ier. *Notions générales.*

No 1. COMMENT LES PEINES S'ÉTABLISSENT.

424. L'article 1226 définit l'obligation pénale en ces termes : « La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution. » C'est la peine conventionnelle que les parties contractantes stipulent, comme le dit l'article 1229, pour évaluer et déterminer les dommages intérêts auxquels le créancier a droit en cas d'inexécution de l'obligation principale. Elle est au fond identique avec la clause prévue par l'article 1152, c'est à-dire avec la clause des dommages-intérêts conventionnels, elle a le même but. Quant aux termes que les parties ont employés pour manifester leur volonté, ils sont indifferents; il peut y avoir clause pénale sans que les parties aient prononcé le mot de *peine*, les juges du fait interpréteront l'intention des contractants.

Dans un acte de concession de minerai de fer, il est dit : « L'adjudicataire fera extraire annuellement une quantité de minerais telle, que la redevance s'élève au moins en moyenne à la somme de 200 francs. En cas d'une extraction moindre ou même nulle, ce minimum de redevance sera payé à titre de *dommages-intérêts.* » Il a été jugé que cette clause était une obligation pénale, puisqu'elle avait pour objet de garantir l'exécution de l'engagement que le concessionnaire contractait de procurer aux cédants une redevance fixe par an (2). Cela n'était pas

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 286 et suiv., no 161 *bis* III.
(2) Jugement du tribunal de Namur, 3 avril 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 3, 144).

douteux, puisque dommages-intérêts conventionnels et la peine sont synonymes.

Il s'est présenté un cas où, sans stipulation aucune de dommages-intérêts ni de peine, il a été jugé qu'il y avait clause pénale. Un acheteur se fait donner quittance d'un supplément de prix fictif, comme sanction de l'engagement contracté par le vendeur de ne pas attaquer la vente. En cas de résiliation, il devait lui être restitué un prix supérieur à celui qu'il avait eu à payer : ce qui constituait une clause pénale (1).

425. Il arrive souvent que les tribunaux établissent une peine à charge de la partie condamnée. L'article 2263 porte qu'après vingt-huit ans de la date du dernier titre le débiteur d'une rente peut être contraint à fournir à ses frais un titre nouvel à son créancier ou à ses ayants cause. Comment assurer l'exécution de cette obligation légale? Il a été jugé qu'à défaut par les débiteurs de fournir le titre nouvel dans le délai prescrit par le jugement, le créancier aurait le droit de demander le remboursement de la rente; l'arrêt dit que c'est un moyen de contraindre les débiteurs à remplir l'obligation que la loi leur impose. Dans l'espèce, les débiteurs n'étaient condamnés à aucune peine proprement dite; ils restaient libres de ne pas fournir le titre nouvel, mais ils ne pouvaient pas avoir le droit de manquer indéfiniment à une obligation légale; s'ils s'obstinaient à ne pas la remplir, il ne restait plus qu'à résoudre le contrat (2); pour mieux dire, les débiteurs eux-mêmes le rompaient. Nous dirons au titre des *Rentes* dans quel cas le contrat peut être résolu pour inexécution des obligations contractées par le débiteur. Autoriser le créancier à demander le remboursement, c'est aussi résoudre le contrat, et la résolution n'est pas une peine proprement dite.

Dans une autre espèce, la cour de Bruxelles a jugé que les tribunaux n'avaient pas le droit de prononcer des peines tendantes à contraindre la volonté du débiteur.

(1) Rejet, 8 juillet 1857 (Dalloz, 1857, 1, 420).
(2) Bruxelles, 5 juillet 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 199).

Deux personnes s'engagent solidairement à faire une construction : l'un des débiteurs décède, l'autre prétend qu'il n'est que caution solidaire. Le tribunal décida qu'il était associé, tenu, comme tel, à continuer les travaux; il le condamna à les reprendre immédiatement sous peine de 150 francs par chaque jour de retard; de plus il prononça des dommages-intérêts résultant de la suspension des travaux. Cette décision fut réformée en appel; la cour dit que pour se conformer aux dispositions de la loi en matière d'obligation de faire, le premier juge aurait dû se borner à condamner le débiteur aux dommages-intérêts en cas d'inexécution de sa part, mais qu'il ne pouvait pas prononcer une pénalité qui aurait pour conséquence, contre le vœu de la loi, de contraindre le débiteur à prester un fait sous peine de rester assujetti à une sanction indéfinie (1). Les termes de l'arrêt nous paraissent trop absolus et, pris à la lettre, ils font dire à la loi ce qu'elle ne dit pas. Quand l'article 1142 dispose que l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur, ce n'est pas pour protéger la liberté du débiteur; il n'est pas libre, puisqu'il est obligé; si la loi se contente des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de ses engagements, c'est qu'il est impossible de forcer le débiteur à faire ce qu'il s'est obligé de faire. Les dommages-intérêts indemniseront le créancier de l'inexécution de l'obligation; c'est au juge à les évaluer, il peut les allouer, soit sous forme d'une indemnité actuelle en condamnant le débiteur à une somme capitale, soit sous forme de peine. La peine ne doit être autre chose que la compensation du dommage que le créancier souffre; ce sont les termes de l'article 1229. Si le dommage est de nature à se reproduire journellement, rien n'empêche le juge de fixer une peine par chaque jour; la peine ne sera toujours que la compensation des dommages-intérêts. Mais s'il s'agit d'un dommage une fois causé, accompli, il n'y a pas lieu de prononcer une peine pour l'avenir. Tel était le cas dans

(1) Bruxelles, 7 décembre 1842 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 34).

l'espèce que la cour de Bruxelles a eu à juger. L'entrepreneur se refusant à construire, il fallait le condamner à des dommages-intérêts de ce chef d'une manière définitive, et non par chaque jour de retard, car une pareille condamnation, illimitée, aurait fini par dépasser le dommage causé; en ce sens c'eût été une peine, et les tribunaux civils n'ont pas le droit de prononcer des peines, comme nous l'avons dit en traitant des dommages-intérêts conventionnels (t. XVI, nos 299-302).

La jurisprudence, en cette matière, est incertaine et hésitante. Il avait été jugé en première instance que le propriétaire du fonds servant qui s'opposait à l'exercice d'une servitude de passage serait tenu de payer 10 francs pour chaque nouvelle contravention. La cour de Liége réforma la décision; l'arrêt dit que le juge n'a pas le droit de régler d'avance l'indemnité que le débiteur aura à payer pour un fait éventuel (1). Nous admettons le principe quand réellement le dommage ne peut être apprécié actuellement; car, dans ce cas, la peine ne serait point ce qu'elle doit être, une réparation du dommage; mais, dans l'espèce, rien n'était plus facile que d'apprécier le dommage causé par l'opposition injuste du débiteur; le tribunal avait apprécié le dommage pour le passé en condamnant le débiteur à des dommages-intérêts; il pouvait tout aussi bien le condamner pour l'avenir ; et le dommage étant journalier, rien n'empêchait de fixer une réparation par chaque contravention : c'était bien là une peine dans le sens de l'article 1229.

Dans notre opinion, la peine ne peut pas être un moyen de contrainte. Les tribunaux prononcent souvent une peine contre le débiteur récalcitrant qui refuse de remplir les obligations qu'un jugement lui impose (t. XVI, n° 302). Une séparation de corps est prononcée; le mari était accusé d'inceste sur sa propre fille, et la femme d'adultère. Le tribunal ordonna de remettre la fille, âgée de 19 ans, à son aïeule maternelle. Elle avait été placée provisoirement dans un couvent. Les religieuses, de compli-

(1) Liége, 9 juin 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 57).

cité avec le père, rendirent l'exécution du jugement impossible. La cour de Paris ordonna par un nouvel arrêt de remettre la jeune fille à son aïeule dans le jour de la signification de l'arrêt, sous peine de payer 100 francs par chaque jour de retard à l'aïeule (1). De dommage pécuniaire il n'y en avait point dans l'espèce, il y avait résistance à la loi et à l'autorité judiciaire; c'est un délit criminel, plutôt qu'un délit civil. Au moins n'y a-t-il aucune disposition de nos codes qui autorise les tribunaux à sanctionner leurs décisions par une peine : c'est une lacune, mais il n'appartient pas au juge de la combler.

D'ordinaire les peines prononcées pour l'avenir ont un caractère comminatoire; on n'exécute pas les condamnations, en ce sens que le juge se réserve tacitement le droit de revenir sur ce qu'il a décidé, en modérant les dommages-intérêts et en les proportionnant au préjudice causé. Le juge prononce une peine de cinq florins par jour contre la partie qui entravera les opérations d'un partage; cette peine était bien une compensation des dommages-intérêts, comme le veut l'article 1229; mais était-elle définitive ou comminatoire? Il a été jugé qu'elle était comminatoire, le seul but étant d'empêcher que l'une des parties n'apportât par son fait un obstacle à l'exécution du jugement. Nous ne voyons pas de quel droit les juges prononceraient une peine pareille. En réalité, il y avait dommage, dans l'espèce, puisque le retard devait causer un préjudice. Seulement il était difficile de l'évaluer d'avance et de le fixer par jour. C'était donc le cas de prononcer la condamnation une fois que le dommage aurait été causé (2).

N° 2. NATURE DE LA CLAUSE PÉNALE.

426. L'article 1226 dit que la clause pénale a pour but d'assurer l'exécution d'une convention, ce qui se fait en s'engageant à quelque chose en cas d'*inexécution;* la peine, comme le répète l'article 1229, tient lieu des dom-

(1) Paris, 23 août 1834 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1607).
(2) Gand, 8 février 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 50).

mages et intérêts que le créancier souffre de l'*inexécution* de l'obligation principale. Par *inexécution* on entend non-seulement l'inexécution proprement dite, quand le débiteur ne veut ou ne peut remplir l'obligation qu'il a contractée, mais aussi le retard qu'il met à l'exécuter; ce retard est une inexécution partielle et donne lieu, au profit du créancier, à des dommages-intérêts que l'on appelle *moratoires* pour les distinguer des dommages-intérêts dits *compensatoires*, lesquels sont dus au créancier en cas d'inexécution totale (t. XVI, n° 332). Que l'inexécution soit totale ou partielle, le débiteur doit la réparation du dommage qu'il a causé au créancier en n'exécutant pas ou en exécutant tardivement l'obligation. Il n'est pas nécessaire pour cela que les parties stipulent une peine : les dommages-intérêts sont de droit. La peine ne fait que les évaluer par contrat. Cette évaluation est d'un grand intérêt pour le créancier. Comme nous l'avons dit en traitant des dommages et intérêts conventionnels, il est très-difficile de constater la quotité du dommage que le débiteur a causé et dont il est tenu; de là des procès longs et dispendieux, dont la décision est toujours plus ou moins arbitraire, tout dépendant de l'appréciation du juge; les parties préviennent ces inconvénients en évaluant elles-mêmes le montant des dommages-intérêts que le débiteur devra payer s'il n'exécute pas l'obligation ou s'il l'exécute tardivement.

427. Le but de la clause pénale en détermine le caractère et les effets. Pour qu'il y ait lieu à dommages-intérêts et, par conséquent, au payement d'une peine, il faut que l'obligation *principale* n'ait pas été exécutée. Il y a donc, en cas de stipulation d'une peine, deux obligations : l'une que la loi appelle *principale* (art. 1229), l'autre que la doctrine appelle accessoire. La clause pénale est accessoire, en ce sens qu'elle ne se conçoit pas sans une obligation dont elle a pour but d'assurer l'accomplissement; toutes les clauses qui ont ce but sont des clauses accessoires, puisqu'elles ne peuvent exister que s'il y a une obligation principale. Il est bien évident qu'il ne saurait être question de dommages et intérêts pour inexécu-

tion d'une obligation quand il n'y a point d'obligation ; la peine qui tient lieu des dommages-intérêts dus par le débiteur est donc essentiellement accessoire d'une obligation principale. On appelle celle-ci *principale*, parce que le créancier stipule non la peine, mais la chose ou le fait qui est l'objet de la convention ; c'est cet objet qu'il a principalement en vue et c'est uniquement pour en assurer l'accomplissement qu'il stipule une peine. Le débiteur doit donc avant tout et directement prester la chose ou le fait que le créancier a stipulés ; il ne doit la peine qu'éventuellement, dans le cas où il ne remplira pas son engagement. Nous allons voir les conséquences qui découlent de ces principes.

428. Aux termes de l'article 1227, « la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. » La raison en est, dit Pothier, qu'il est de la nature des choses accessoires de ne pouvoir subsister sans la chose principale. C'est un motif logique. La disposition de l'article 1229 est encore fondée sur le but de la clause pénale ; la peine est stipulée pour assurer l'exécution de l'obligation principale et pour tenir lieu au créancier du dommage qu'il souffre quand le débiteur n'exécute pas ou exécute tardivement l'obligation qu'il a contractée (n° 426). Or, peut-il être question d'assurer l'exécution d'une obligation qui est nulle, c'est-à-dire qui ne produit aucun effet ? Et comment le débiteur serait-il tenu des dommages-intérêts pour n'avoir pas exécuté un engagement qu'il n'est pas obligé d'exécuter puisqu'il est nul ? Nous avons vu une application de ce principe en traitant des promesses de mariage (1). Les parties intéressées y ajoutent d'ordinaire une clause pénale, afin d'en assurer l'accomplissement. La jurisprudence annule la peine, parce que l'obligation principale est nulle et la nullité est radicale, puisque la promesse de mariage est contraire à l'ordre public ; elle a donc une cause illicite et la cause illicite vicie les obligations dans leur essence ; l'article 1232 dit que l'obligation sur une cause illicite ne

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 412, n° 308.

peut produire aucun effet; dès lors il faut appliquer l'article 1227 : la nullité de la promesse de mariage entraîne la nullité de la clause pénale.

L'article 1227 ajoute : « La nullité de la clause pénale n'entraîne pas celle de l'obligation principale. » Pothier dit que la raison est que le principal ne dépend pas de l'accessoire et peut subsister sans lui. C'est le motif logique de la disposition. Elle est aussi fondée en raison. La clause pénale n'a d'autre utilité pour le créancier que celle de prévenir les procès auxquels donnent lieu les dommages-intérêts. Mais qu'il y ait une clause pénale ou qu'il n'y en ait point, le créancier a toujours droit aux dommages-intérêts qui résultent de l'inexécution de l'obligation. La clause pénale n'est donc pas une nécessité, par suite l'obligation principale peut très-bien subsister sans peine. Peu importe donc que la clause pénale soit nulle; tout ce qui en résultera, c'est que le créancier sera soumis au droit commun qui régit les dommages-intérêts; il lui faudra prouver qu'il y a inexécution de l'obligation et que cette inexécution est imputable au débiteur; puis il devra établir le montant du dommage causé et déterminer le chiffre des dommages-intérêts dont le débiteur est tenu, suivant qu'il est de bonne ou de mauvaise foi. Quand la clause pénale est-elle nulle? C'est encore le droit commun qui répond à la question, de sorte qu'il est inutile de nous y arrêter.

429. Le principe que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale reçoit des exceptions. Il y a d'abord des cas dans lesquels la peine valide l'obligation principale en faisant disparaître le doute dont elle était entachée. Il paraît assez étrange que l'accessoire valide le principal; cela est contraire à la logique et cela est cependant très-rationnel.

Pothier suppose une obligation à l'exécution de laquelle le créancier n'a aucun intérêt appréciable. Une pareille obligation est nulle, puisque le créancier n'a pas d'action, car il n'y a pas d'action sans intérêt. Comment le créancier formulerait-il sa demande? A quels dommages-intérêts conclurait-il, alors qu'il lui est impossible de

préciser l'intérêt qu'il a à ce que l'obligation soit remplie? Mais s'il ajoute une clause pénale à l'obligation, le vice qui l'entachait disparaît; la peine est précisément l'évaluation de l'intérêt que le créancier a, de l'aveu du débiteur, à ce que l'engagement soit exécuté.

Telles sont les stipulations pour autrui : le stipulant n'a aucun intérêt appréciable à ce que l'obligation soit prestée; donc, à son égard, la stipulation est nulle, en ce sens que le débiteur y peut manquer impunément, le créancier étant sans action pour l'y contraindre, et s'il n'a pas d'action, c'est qu'il n'a point d'intérêt. La peine remédie à ce vice; le débiteur ne peut plus repousser le stipulant en lui disant qu'il est sans intérêt, car il a signé une clause qui évalue l'intérêt du créancier. Le motif pour lequel la stipulation était nulle vient donc à tomber. Voilà comment la clause pénale valide l'obligation principale qui sans la peine eût été nulle (1).

La promesse du fait d'autrui est aussi nulle (art. 1119). Pourquoi? Parce que le promettant ne s'engage à rien; mais s'il s'oblige à payer une peine pour le cas où le tiers ne donnerait ou ne ferait pas ce qu'il a promis pour lui, le motif de la nullité tombe; le promettant est obligé, comme dans le cas où il se porte fort (art. 1120); promettre une peine, c'est une manière de se porter fort. Le créancier a une action contre le promettant, sous la condition que la promesse ne soit pas remplie; or, une obligation conditionnelle est parfaitement valable. Dans ce cas encore, la peine purge le vice, et l'obligation devient valable à raison de la clause pénale qui y est ajoutée (2).

430. L'article 1227, en disposant que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale, s'énonce d'une manière trop absolue. Cela est vrai quand l'obligation principale ne produit aucun effet. Mais si l'obligation principale donne droit à des dommages-intérêts, précisément à cause de sa nullité, rien n'empêche de stipuler ces dommages-intérêts sous forme de peine.

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 339, et tous les auteurs.
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 338 et tous les auteurs.

Ainsi l'article 1599 porte que la vente de la chose d'autrui est nulle; est-ce à dire que la clause pénale ajoutée à la vente serait aussi nulle? Non, car l'article 1599 ajoute que la vente de la chose d'autrui peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui, et dès que des dommages-intérêts sont dus, la clause pénale est valable, puisque cette clause n'est pas autre chose que l'évaluation des dommages-intérêts.

Nº 3. DIFFÉRENCE ENTRE L'OBLIGATION PÉNALE ET LES OBLIGATIONS CONDITIONNELLES, ALTERNATIVES ET FACULTATIVES.

431. L'obligation avec clause pénale a quelque analogie avec l'obligation conditionnelle, en ce sens que la peine est due sous la condition que l'obligation principale ne soit pas exécutée; la clause pénale est donc toujours conditionnelle. Mais il y a une différence essentielle entre les deux espèces d'obligations. La peine implique nécessairement l'existence d'une obligation principale dont elle assure l'exécution; cette obligation principale subsiste par elle-même, elle est indépendante de la seconde, elle est pure et simple, et reçoit son exécution directe; le créancier a tous les droits que la loi donne pour obtenir l'exécution forcée des obligations; son droit est donc un droit certain, actuel, il n'a absolument rien d'éventuel. Il en est tout autrement de l'obligation conditionnelle; la condition tient en suspens tous les effets de l'obligation, à ce point que l'on dit d'ordinaire que l'existence même de l'obligation est suspendue, et cela est vrai, en ce sens que si la condition défaillit, l'obligation est censée n'avoir jamais été contractée. Tout est donc incertain et éventuel dans l'obligation conditionnelle, tandis que dans l'obligation pénale tout est certain, plus certain même que dans une obligation sans clause pénale, car les dommages-intérêts mêmes que le débiteur devra payer sont fixés d'avance.

Toullier donne un exemple qui montre l'analogie apparente de l'obligation pénale et de l'obligation condition-

nelle et fait ressortir en même temps la différence qui les distingue. « Je vous promets 600 francs si je n'abats pas tel arbre qui vous gêne. » Voilà une obligation conditionnelle. Elle ne vous donne aucun droit actuel contre moi; votre droit est éventuel, incertain; je ne suis obligé de vous payer les 600 francs que si je n'abats l'arbre. Vous ne pouvez me contraindre à abattre l'arbre, je ne m'y suis pas obligé; seulement, si je ne l'abats point, je vous devrai 600 francs. Si, au contraire, je dis : « Je vous promets d'abattre tel arbre qui vous gêne, et si je ne l'abats pas dans six mois, je vous payerai 600 francs; » dans ce cas, il y a obligation sous clause pénale. Vous avez action contre moi pour me contraindre à abattre l'arbre, car je m'y suis obligé; vous pouvez même demander au juge l'autorisation d'abattre l'arbre à mes dépens (art. 1144). Il y a là une obligation principale, née et actuelle, ne dépendant d'aucune condition. Cette obligation est garantie par une peine; c'est la clause pénale qui est conditionnelle, puisque la peine n'est due que si l'obligation principale n'est pas exécutée; mais la peine ne rend pas conditionnelle l'obligation principale; l'obligation est pure et simple et le créancier n'a pas même besoin de s'adresser au juge pour faire évaluer les dommages-intérêts auxquels il a droit en cas d'inexécution, ils sont évalués d'avance dans la clause pénale (1).

432. Il y a aussi quelque analogie entre l'obligation pénale et l'obligation alternative. « Je vous dois une maison ou 50,000 francs. » « Je vous dois une maison, et si je ne vous la livre pas, je m'engage à payer une peine de 50,000 francs. » La première obligation est alternative, la seconde pénale. A première vue, elles se ressemblent, puisque le créancier aura, dans les deux hypothèses, soit la maison, soit 50,000 francs. Toutefois il y a une différence essentielle. Dans l'obligation avec clause pénale, il y a deux obligations, l'une principale, l'autre accessoire; je vous dois la maison et je dois la

(1) Toullier, t. III, 2, p. 496, n° 804. Toullier développe très-bien les conséquences qui découlent du principe : nous renvoyons à ce qu'il dit (p. 498, n°s 805-807).

peine sous condition ; il y a donc une obligation pure et simple et une obligation conditionnelle; si la condition se réalise, si la maison n'est pas livrée, le créancier a deux droits : il peut exiger la maison, il peut exiger les 50,000 francs; les deux obligations sont également principales. Il en est autrement dans l'obligation alternative: elle ne comprend pas deux obligations; l'obligation est une, comprenant deux choses sous une alternative; le choix du débiteur ou du créancier déterminera laquelle des deux choses doit être payée. Elles ne doivent jamais être payées l'une et l'autre; tandis qu'il se peut que la peine soit due en même temps que l'obligation principale (art. 1229). La peine est due conditionnellement; tandis qu'il n'y a rien de conditionnel dans l'obligation alternative, seulement l'objet en est indéterminé, tant que le choix n'est point fait. Dans l'obligation pénale, il y a une obligation accessoire, celle de la peine qui tombe si l'obligation principale s'éteint par la perte de la chose due. Dans l'obligation alternative, il y a deux choses dues au même titre; si l'une périt, l'autre reste due (1).

433. L'obligation facultative ressemble également à l'obligation pénale. « Je vous dois une maison, avec la faculté de me libérer en vous payant 50,000 francs. » Voilà une obligation facultative. « Je vous dois une maison et si je ne la livre pas, je payerai une peine de 50,000 francs. » Le droit du créancier paraît le même dans l'une et l'autre obligation, il a droit à une maison ou à 50,000 francs. Non, dans l'obligation facultative il ne peut jamais demander les 50,000 francs, c'est le débiteur qui s'est réservé la faculté de les payer, mais cette faculté ne donne aucun droit au créancier; il ne peut demander que la maison. Dans l'obligation pénale, la somme de 50,000 francs est due conditionnellement, le créancier y a donc droit si le débiteur ne livre pas la maison. Ce qui caractérise l'obligation facultative, c'est que le débiteur peut se libérer en payant les

(1) Duranton, t. XI, p. 444, n° 324. Toullier, t. III, 2, p. 496, n° 803. Colmet de Santerre, t. V, p. 288, n° 162 *bis* II.

50,000 francs. Dans l'obligation pénale, le débiteur n'a pas le droit d'offrir au créancier les 50,000 francs que celui ci a stipulés à titre de peine; le créancier a droit à l'exécution de l'obligation principale; alors même que la peine est encourue il peut demander l'exécution forcée de l'obligation principale. Il se peut même qu'il ait droit à la chose principale et à la peine (art. 1229); tandis que le créancier d'une obligation facultative ne peut jamais réclamer que ce qui fait l'objet de l'obligation; il n'a point le droit de demander ce que le débiteur s'est réservé la faculté de payer (1).

§ II. *Quand la peine est-elle encourue?*

434. L'article 1230 porte : « Soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doive être accomplie, la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé soit à livrer, soit à *prendre*, soit à faire, est en demeure. » Les auteurs remarquent que l'expression *obligation de prendre* se trouve pour la première fois dans l'article 1230; la loi entend par là l'obligation de *prendre livraison*. En cas de vente, le vendeur stipule parfois que l'acheteur devra enlever la chose dans un délai déterminé, parce qu'il a intérêt à ce que les lieux soient vidés. L'article 1657 prévoit cette clause et il y attache un effet très important, c'est que la résolution de la vente aura lieu de plein droit, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le *retirement*. Ce que l'article 1657 appelle *retirement*, l'article 1230 l'appelle *obligation de prendre*. Le vendeur peut stipuler une peine pour le cas où l'acheteur ne retirera pas la chose. Il était inutile de le dire, puisque l'obligation de prendre livraison est une variété de l'obligation de faire (2).

435 L'article 1230 établit le principe que la peine est encourue par la mise en demeure du débiteur. C'est l'ap-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 289, n° 162 *bis* II.
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 295, n° 167 *bis* II.

plication de l'article 1146, aux termes duquel les dommages-intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation. En effet, la peine tient lieu des dommages-intérêts auxquels le créancier a droit en cas d'inexécution de l'obligation principale; les principes qui régissent les dommages-intérêts s'appliquent donc à la peine. Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs sur l'article 1146.

436. Quand le débiteur est-il en demeure? Sur ce point encore, il faut appliquer les principes généraux, puisque la loi n'y déroge point. Cela résulte d'ailleurs du texte même de l'article 1230 ; il porte : « Soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doive être accomplie. » Cette partie de l'article déroge au droit romain. Lorsque la convention contenait un terme dans lequel le débiteur devait donner ou faire ce qui avait été convenu, la peine était due de plein droit aussitôt que le terme était échu, sans qu'il fût besoin d'une interpellation; on disait, dans ce cas, que l'échéance du terme servait d'interpellation. Quand aucun terme n'était stipulé, il fallait une demande du créancier pour faire encourir la peine. Ces principes n'étaient pas suivis dans l'ancien droit. « Selon nos usages, dit Pothier, soit que l'obligation primitive contienne un terme dans lequel elle doive être accomplie, soit qu'elle n'en contienne aucun, il faut ordinairement une interpellation judiciaire pour mettre le débiteur en demeure et pour donner en conséquence ouverture à la peine (1). » Le code a reproduit cette doctrine presque textuellement dans l'article 1230, c'est l'application des principes généraux sur la demeure. D'après l'article 1139, le débiteur n'est pas constitué en demeure par la seule échéance du terme, il faut une clause spéciale qui porte que le débiteur sera en demeure par la seule échéance du terme et sans qu'il soit besoin d'une interpellation. En définitive, l'article 1230 n'est qu'une application des principes généraux qui dans notre droit régissent la demeure.

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 349. Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 108 (Locré, t. VI, p. 167).

Il faut donc suppléer par les principes généraux à une lacune qui se trouve dans l'article 1230; il ne parle que de l'obligation de livrer et de faire, il ne dit rien de l'obligation de ne pas faire. L'article 1145 prévoit le cas et dispose que si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit les dommages et intérêts par le seul fait de la contravention. Si une peine a été stipulée, le débiteur devra la peine par cela seul qu'il aura fait ce qu'il s'était obligé à ne pas faire, la peine tenant lieu des dommages-intérêts.

437. La jurisprudence est un peu hésitante; elle semble parfois admettre des dérogations au principe établi par l'article 1230, alors qu'elle ne fait qu'appliquer les principes généraux sur la demeure, que cet article maintient. La cour de cassation a jugé que la nécessité de la mise en demeure cesse à l'égard de la partie qui a renoncé à remplir ses engagements. Ainsi formulée, la décision est contestable. Ceux qui ne remplissent pas leurs obligations ne le peuvent pas, ou ne le veulent pas; dans ce dernier cas, il y a refus, ce qui n'empêche pas qu'ils ne doivent être mis en demeure. Dans l'espèce, il y avait refus exprès de remplir les engagements contractés par la convention; c'était donc une constatation de la demeure par le débiteur lui-même. Sa reconnaissance équivaut à une sommation; or, son refus exprès est une reconnaissance de l'inexécution, et de l'inexécution imputable, puisque le débiteur déclare ne pas vouloir remplir son obligation. C'est donc sur l'article 1139 que la cour de cassation aurait dû fonder sa décision (1).

Un contrat d'entreprise porte que les travaux doivent être terminés au plus tard le 1er août 1853; l'entrepreneur se soumet à une peine par chaque jour de retard. Les travaux ne sont pas achevés, mais l'entrepreneur soutient que le retard provient de la faute du créancier qui n'a

(1) Rejet, 28 février 1865 (Dalloz, 1865, 1, 420). Comparez Rejet, 28 janvier 1874 (Dalloz, 1874, 1, 387). La cour dit que l'article 1230 est sans application au cas où le créancier se plaint, non du retard dans l'exécution, mais de l'impossibilité de l'exécution. Cela est très-contestable. Dans l'espèce, le débiteur avait aussi rompu son engagement.

pas mis les terrains à sa disposition. Il est certain que le créancier ne peut pas se plaindre de ce que les travaux n'ont pas été poursuivis quand lui-même a mis le débiteur dans l'impossibilité de les continuer. La demeure implique un fait imputable au débiteur; or, dans l'espèce, ce n'est pas le débiteur qui était en demeure, c'était le créancier. De là une nouvelle difficulté. L'entrepreneur réclama des dommages-intérêts : y avait-il droit sans avoir mis le créancier en demeure? Celui qui ne livre pas les terrains nécessaires aux travaux est en demeure par le fait seul que les terrains ne sont pas livrés; c'est le cas d'appliquer l'article 1146 : les travaux devant être achevés dans un délai fixé, les terrains devaient être mis à la disposition de l'entrepreneur dans ce même délai, donc il y avait demeure par le fait seul de n'avoir pas livré les terrains dans le délai utile (1).

Il a été jugé que la mise en demeure peut résulter de la correspondance des parties contractantes (2). Ceci n'est que l'application de l'article 1139; le débiteur est constitué en demeure par une sommation ou, dit la loi, par autre acte équivalent. Une reconnaissance émanée du débiteur suffit pour constater sa demeure, et cette reconnaissance peut résulter des lettres que les parties ont échangées.

438. Y a-t-il des cas dans lesquels la peine n'est pas due, quoiqu'elle soit encourue d'après la lettre du contrat? Posée dans ces termes absolus, la question devrait être décidée négativement. Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134); il en résulte que le juge ne peut pas se dispenser d'appliquer la peine. Toutefois il y a des arrêts qui semblent conçus en sens contraire. Il importe de constater les vrais motifs de décider, parce qu'en cette matière plus qu'en toute autre les juges sont disposés à juger d'après l'équité, ce qui aboutit presque toujours à violer la loi du contrat.

Un mandat porte que le mandant payera un dédit ou

(1) Liége, 16 avril 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 146).
(2) Jugement du tribunal de Namur, 3 avril 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 3, 144).

une peine au mandataire en cas de révocation. La peine sera-t-elle encourue si la révocation est motivée sur l'abus que le mandataire a fait de ses pouvoirs? Il s'agissait d'un mandat donné pour vendre des biens et en toucher le prix. Le mandataire avait touché des divers acquéreurs des sommes formant des suppléments aux prix portés dans les actes de vente, et il avait essayé de détourner à son profit ces prix supplémentaires. C'est à raison de ces abus constatés que le mandat avait été révoqué. Le mandataire réclama la peine. Il avait pour lui la lettre du contrat, mais certes l'intention des parties était contraire. Elles avaient voulu indemniser le mandataire de la perte qu'il éprouverait par une révocation arbitraire du mandat. Or, le mandant avait révoqué le mandat pour les causes les plus graves : le mandataire pouvait-il réclamer une peine, c'est-à-dire des dommages et intérêts pour avoir tenté de voler le mandant par des abus de confiance pires qu'un vol (1)?

419. La force majeure affranchit-elle le débiteur de la peine? Quand la force majeure survient après que le débiteur est constitué en demeure, c'est lui qui répond du cas fortuit : c'est là un des effets de la demeure (article 1302).

Il est dit, dans un contrat d'entreprise, que l'entrepreneur sera tenu d'une peine en cas de retard dans la livraison. La peine est encourue, mais pendant qu'elle court, il survient un cas de force majeure qui empêche l'entrepreneur de continuer ses travaux. La cour d'appel décida que l'entrepreneur serait tenu de la peine encourue par le retard, mais que la peine avait cessé d'être due aussi longtemps qu'avait duré la force majeure, puisque le retard n'était plus imputable au débiteur. Pourvoi en cassation. Le demandeur prétend que la cour de Nîmes a affranchi l'entrepreneur de son obligation à raison de faits de force majeure survenus depuis sa mise en demeure. Non, dit la cour de cassation; l'arrêt attaqué n'a fait qu'interpréter la convention intervenue entre les parties. Dire que l'en-

(1) Bordeaux, 14 février 1840 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 445, 2°).

trepreneur sera tenu d'une peine de tant par chaque jour de retard, cela suppose que le retard est imputable à l'entrepreneur; mais quand l'obstacle provient d'un cas de force majeure, on ne peut plus dire que le débiteur soit en demeure; ce n'est pas lui qui cause le dommage, c'est le cas fortuit (1). Nous doutons que cette décision soit conforme aux principes sur les effets de la demeure. Pourquoi le débiteur supporte-t-il le risque quand il est en demeure? On suppose que s'il avait rempli son obligation dans le délai prescrit, le cas fortuit ne se serait pas présenté. Telle est bien la position de l'entrepreneur qui ne livre pas les ouvrages en temps convenu; s'il les avait livrés, évidemment il aurait été à l'abri du cas fortuit; il est en faute pour n'avoir pas travaillé alors qu'il pouvait le faire; le cas fortuit ne peut l'excuser, car ce cas fortuit ne le frappe que parce qu'il n'a pas travaillé en temps utile.

440. Autre est la question de savoir si le débiteur peut invoquer le cas fortuit qui l'a empêché d'exécuter ses engagements. Nous croyons que le débiteur n'encourt pas la peine lorsque l'inexécution du contrat ne lui est pas imputable. Quand il s'agit de dommages-intérêts prononcés par le juge, il y a un texte formel; le débiteur n'est point condamné au payement de dommages-intérêts à raison de l'inexécution de l'obligation, ou à raison du retard dans l'exécution, quand il justifie que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée (art. 1147). Il n'y a d'exception à ce principe élémentaire que lorsque le débiteur, par une clause formelle, s'est chargé des cas fortuits. On doit appliquer le même principe à la clause pénale, car la peine tient lieu des dommages-intérêts qui résultent de l'inexécution de l'obligation (art. 1229); donc il ne peut pas y avoir de peine pour un fait qui n'est pas imputable au débiteur.

Un acte de vente stipule que l'acheteur payera son prix par tiers, d'année en année, à peine d'être contraint pour

(1) Rejet, chambre civile, 29 juin 1853 (Dalloz, 1854, 1, 288).

le tout faute de payement du premier ou du second terme; il est ajouté que cette clause est de rigueur, et non comminatoire. Le premier terme, échu le 13 janvier 1814, n'est pas payé : la peine était-elle encourue? Cela n'était pas douteux, d'après le contrat; mais l'acheteur invoquait les circonstances exceptionnelles où il s'était trouvé, l'invasion de la France, le blocus de Strasbourg, les pertes qu'il avait éprouvées; il demandait en conséquence un délai de grâce en vertu de l'article 1244. La cour de Colmar accueillit cette demande (1). En droit, la décision nous paraît juste. Les événements de la guerre constituaient-ils un cas de force majeure? C'est là une question de fait qui est abandonnée à l'appréciation du juge.

441. La convention qui établit une peine peut être résiliée. Il va sans dire que, dans ce cas, il ne peut plus s'agir d'appliquer la peine. Un huissier convient avec un autre huissier de tenir le cabinet de ce dernier, sous clause pénale contre celui qui résilierait le traité. Le premier change de domicile, l'autre refuse de l'y suivre et demande la nullité du contrat avec dommages-intérêts; le défendeur réclame le payement de la peine. La cour, se fondant sur les circonstances de la cause, décida que le traité était résilié par le concours de consentement des parties contractantes. Sur le pourvoi en cassation, il intervint un arrêt de rejet. Le juge du fait ayant décidé que le contrat était résilié par le consentement des parties, il ne pouvait être question de donner suite à la clause pénale (2).

442. Celui qui a droit à la peine peut y renoncer; cela n'est pas douteux. Les questions de renonciation soulèvent toujours une difficulté de fait. Les renonciations sont de stricte interprétation; tel est le principe; le juge doit donc maintenir la clause pénale et restreindre la renonciation au fait que le débiteur invoque pour être déchargé de la peine qu'il a encourue en vertu du contrat. L'entrepreneur d'un service de diligence vend son entreprise, en

(1) Colmar, 10 novembre 1815 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1616).
(2) Rejet, 10 février 1825 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1618, 2°).

se réservant exclusivement le transport de l'argent et le commerce de banque qui se faisait entre Marseille et Toulon. Le cessionnaire s'engageait à ne pas opérer ce genre de transport, sous peine de 10,000 francs de dommages-intérêts. Néanmoins le vendeur remit à l'acheteur un traité qu'il avait fait avec le receveur général du département pour le transport des espèces provenant de la recette, et pendant cinq ans le cessionnaire exécuta ce traité pour son propre compte sans réclamation du cédant. Après ce long délai, le vendeur demanda l'application de la clause pénale. La cour d'Aix jugea qu'il y avait renonciation au bénéfice de la clause pénale. Sur le pourvoi, la décision fut maintenue en ce sens que la clause pénale subsistait, mais que le créancier ne pouvait pas l'invoquer pour un fait de contravention qu'il avait non-seulement toléré, mais auquel il avait consenti, puisqu'il avait remis à l'entrepreneur des messageries son traité avec le receveur général pour qu'il eût à l'exécuter : il y avait renonciation partielle pour le fait consommé (1).

§ III. *Droits du créancier.*

N° 1. PRINCIPE.

443. Quand la peine est encourue, le créancier peut en réclamer le payement; mais est-ce là son seul droit? Pothier pose en principe que la clause pénale ne modifie en rien les droits que le créancier tient de la convention, il a un droit de plus, celui d'exiger le payement de la peine que le debiteur a encourue; mais une clause stipulée pour son avantage ne peut certes amoindrir les droits du créancier. Cela résulte du but même de la clause pénale tel que la loi le formule; elle a pour objet, dit l'article 1226, d'assurer l'exécution de la convention; de là on doit conclure, dit Pothier, que la vue des contractants n'a été ni d'éteindre ni de résoudre par la clause pénale l'obligation principale, ni de la fondre dans celle-ci; l'ac-

(1) Rejet, 10 novembre 1856 (Dalloz, 1857, 1, 61).

cessoire destiné à garantir le principal ne saurait porter la moindre atteinte au principal.

444. C'est pourquoi, dit Pothier, quoiqu'il y ait ouverture à l'obligation pénale par la demeure en laquelle a été le débiteur d'exécuter l'obligation principale, le créancier peut, au lieu de demander la peine stipulée, poursuivre l'exécution de l'obligation principale. L'article 1228 reproduit littéralement cette conséquence. C'est l'application des principes qui régissent l'inexécution des obligations : le créancier peut toujours demander l'exécution si elle est possible, c'est là son droit essentiel, le but dans lequel il a contracté. Il peut aussi demander des dommages intérêts pour inexécution du contrat; la peine tient lieu de dommages-intérêts, mais le créancier y peut renoncer et poursuivre l'exécution de l'obligation, ce qui est toujours possible quand il s'agit d'une obligation de donner; si l'exécution directe n'est pas possible, le créancier devra se contenter des dommages-intérêts, c'est-à-dire de la peine qui les évalue (1).

445. Il suit de là que le débiteur ne peut se dispenser d'exécuter son engagement en offrant la peine; la clause pénale qui doit assurer l'exécution de l'obligation ne peut pas devenir pour le débiteur un moyen de s'y soustraire. Il y aurait exception si les parties, en stipulant la peine, avaient entendu faire novation, c'est-à dire si elles avaient éteint la première obligation en la remplaçant par la peine. Si l'intention des parties est que le débiteur, après avoir été mis en demeure, ne doive plus autre chose que la peine convenue, cette stipulation est certes valable, c'est une novation conditionnelle; mais Pothier a raison de dire que ce n'est pas là une obligation pénale; la peine est, dans ce cas, une nouvelle obligation, aussi principale que la première, dont elle prend la place. On peut difficilement admettre que telle soit l'intention du créancier; la novation ne se présume jamais, elle doit résulter clairement de ce qui s'est passé entre les parties (art. 1273);

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 341. Duranton, t. XI, p. 455, n° 335 et p. 457, n° 337.

dans l'espèce, il y a un motif de plus pour le décider ainsi, c'est que la peine est stipulée pour assurer l'exécution de l'obligation principale et non pour l'éteindre (1).

Un contrat de société charbonniere stipule que les comptes se rendront le premier mardi de chaque mois, à une heure après midi, à la fosse en activité, auxquels jour et heure tous les associés devront se trouver pour, après les comptes rendus, partager le boni ou profit s'il s'en trouve, « ou satisfaire à la courtresse, si toutefois il en survenait. S'il arrivait, continue le contrat, que ledit jour l'un des associés ne pourrait satisfaire à sa quote part, il en sera exclu et dechu, huit jours échus du compte rendu. » Quel est le sens de cette clause? En apparence, elle résout le contrat à titre de peine. Il a été jugé néanmoins qu'il ne fallait y voir qu'une obligation pénale (2). En l'appliquant à la lettre, la clause qui avait pour objet de garantir les droits des associés aurait tourné à leur préjudice. La résolution d'un contrat n'est pas le moyen d'en assurer l'exécution.

416. Ce n'est pas à dire que l'inexécution du contrat, qui donne ouverture à la peine, ne donne aussi à celui qui a droit à la peine le droit de demander la résolution du contrat. Une rente viagere est constituée moyennant la cession d'une créance. Il est dit que, dans le cas où les sûretés promises ne seraient pas fournies, le crédirentier pourrait réclamer une somme d'argent à titre de dommages-intérêts; cette somme, d'après l'acte, était fixée à forfait comme clause pénale attachée à l'inexécution de la convention. Au lieu de demander la peine, le crédirentier demanda la résolution du contrat en vertu de l'article 1977 qui est ainsi conçu : « Celui au profit duquel la rente viagère a été constituée moyennant un prix peut demander la résiliation du contrat si le constituant ne lui donne pas les sûretés stipulées pour son exécution. » La cour de Paris refusa de prononcer la résolution par le motif que le crédirentier, en stipulant une peine pour tous dom-

(1) Pothier, nº 341. Colmet de Santerre, t. V, p. 291, nº 164 *bis*.
(2) Bruxelles, 5 juillet 1843 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 29).

mages-intérêts, avait renoncé au droit que lui donne l'article 1977. Cette décision fut cassée, et elle devait l'être; comme le dit très bien la cour de cassation, la stipulation d'une clause pénale n'emporte pas la renonciation au droit de poursuivre l'exécution ou, s'il y a lieu, la résolution d'une convention; la renonciation à un droit ne se présumant pas, doit être expresse; or, la peine, loin d'amoindrir les droits du créancier, tend à les fortifier; il faut donc décider que le créancier conserve tous les droits qu'il avait en vertu de son contrat (1). C'est l'application de la doctrine de Pothier (2).

447. La clause pénale donne au créancier le droit de demander la peine à titre de dommages-intérêts. Est-ce à dire que c'est la seule indemnité à laquelle il a droit? On pourrait le croire en s'attachant au mot de *peine*, qui rappelle le vieil adage qu'il n'y a pas de peine sans loi pénale, ni, en matière civile, de peine sans clause pénale. Mais le mot de *peine* est impropre; c'est la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation, et ces dommages-intérêts sont la réparation d'un préjudice. Or, le créancier a droit à la réparation de tout le préjudice qu'il éprouve, que le dommage ait été ou non prévu et évalué au contrat. Il suit de là que la stipulation d'une peine ne limite pas à cette peine l'indemnité à laquelle le créancier a droit pour les divers préjudices qu'il souffre. Il y a seulement ceci de restrictif dans la clause pénale, c'est que l'evaluation qu'elle fait du dommage que le créancier éprouvera du fait prévu ne peut pas s'étendre à une autre cause de dommage qui n'a pas été prévue. Cette interprétation restrictive résulte, non pas du caractère pénal de la clause, mais des principes élémentaires qui régissent les contrats; les conventions sont des lois, seulement quant à l'objet sur lequel elles ont disposé; la peine ne prévoit que telle cause de dommage, elle n'est due que pour ce dommage, elle n'est pas due pour une autre cause que les parties n'ont pas

(1) Cassation, 2 décembre 1856 (Dalloz, 1857, 1, 443).
(2) Pothier, *Des obligations*, n° 343.

prévue. Est-ce à dire que le créancier n'ait droit à aucune indemnité si, outre le dommage prévu, il y a une cause de dommage qui n'a pas été prévue? Son droit est incontestable, mais les dommages-intérêts seront demandés et prononcés d'après le droit commun, c'est-à-dire par jugement.

448. La cour de cassation a fait l'application de ce principe dans l'espèce suivante. Le propriétaire d'une maison promet à une personne de lui passer bail d'un appartement à première réquisition, à peine de 5 francs de dommages-intérêts pour chaque jour de retard. Il n'exécuta pas sa promesse; de là action en réalisation du bail ou en condamnation à 5 francs de dommages-intérêts par jour pour toute la durée que le bail devait avoir en vertu de la convention. La cour alloua une somme fixe à titre de dommages-intérêts pour inexécution de la convention. Pourvoi en cassation pour violation de l'article 1134, qui ordonne aux cours de respecter les conventions et de les exécuter, tandis que la cour avait remplacé les dommages-intérêts conventionnels par d'autres dommages-intérêts. La cour de cassation explique et justifie très-bien la décision de la cour de Douai. Le débiteur peut contrevenir à son obligation soit en n'exécutant pas l'obligation, soit en l'exécutant tardivement. Pour le cas de retard, comme pour le cas d'inexécution, les parties peuvent, par une clause expresse et à titre de peine, régler la somme des dommages-intérêts qui sera due au créancier. Que si la stipulation a en vue le simple retard et se tait sur l'inexécution, ou réciproquement, le préjudice résultant de celle des deux causes qui n'a pas été prévue n'ayant pas été réglé par la convention, il appartient au juge de l'apprécier et d'arbitrer la somme des dommages-intérêts. Dans l'espèce, la clause pénale avait pour unique objet le retard dans l'exécution, tandis que l'action du demandeur, telle qu'elle était formulée dans ses conclusions, tendait exclusivement à la réparation du préjudice résultant de l'inexécution. La cour ne pouvait pas appliquer à cette dernière hypothèse une peine qui avait été stipulée pour une hypothèse différente; elle a dû, comme

elle l'a fait, apprécier le dommage éprouvé par le demandeur à raison de l'inexécution d'après le droit commun (1).

Il y a un arrêt en ce sens de la cour de cassation de Belgique. Un contrat de remplacement portait que celui qui s'engageait à fournir un remplaçant serait tenu de payer au milicien obligé de servir cinq francs par chaque jour de service actif nécessaire. Le remplaçant n'ayant pas été fourni, le milicien fut incorporé et fit quelques jours de service au dépôt, puis il obtint la permission de retourner chez lui en restant à la disposition de l'autorité militaire. Sur la demande du milicien, l'agent de remplacement fut condamné à fournir un remplaçant à peine de vingt-cinq francs de dommages intérêts par jour et à payer cinq francs de dommages intérêts pour chaque jour de service que le milicien avait dû faire au dépôt de son régiment. Pourvoi en cassation et arrêt de rejet. Le réquisitoire de l'avocat général établit très bien les principes. Un même fait peut occasionner plus d'un dommage; il arrive que les contractants prévoient une cause de préjudice et ne prévoient pas les autres; elles stipulent une peine pour le dommage prévu, l'inexécution du contrat produit un autre dommage. Quel sera le droit de la partie lésée? Elle pourra demander la peine pour le dommage prévu et des dommages-intérêts pour le préjudice non prévu. Le juge, en les allouant, ne violera pas la clause pénale. Dans l'espèce, le contrat ne prévoyait qu'une cause de dommage, le service actif du milicien. Le milicien, tout en n'étant pas au dépôt, souffrait un autre préjudice : il perdait sa liberté et pouvait être appelé d'un jour à l'autre à servir dans son régiment. Pour deux causes de dommages le juge alloua deux espèces de dommages intérêts; c'était son devoir. Les dommages-intérêts judiciaires n'avaient rien de commun avec la peine, il ne pouvait donc pas y avoir de violation de la clause pénale (2).

449. On voit par cet arrêt que le juge n'est point lié

(1) Rejet, chambre civile, 27 juin 1859 (Dalloz, 1859, 1, 259).
(2) Rejet, 13 avril 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 1, 113).

par la clause pénale pour l'évaluation du dommage que la clause ne prévoit point, ce qui est d'évidence; il méconnaîtrait, au contraire, la loi du contrat en l'appliquant à un cas que le contrat ne prévoit point. Dès qu'il n'y a pas de clause qui établisse une peine pour le dommage à raison duquel le juge accorde une réparation, il jouit d'une entière liberté pour l'apprécier; les dommages-intérêts pourront donc être plus élevés ou moindres que la peine, sans que l'on puisse dire que le jugement viole la loi qui lui défend de modifier la peine (art. 1152); il ne modifie pas la peine, puisque la clause pénale est étrangère à l'objet du litige. Un fermier de mines se soumet à payer une somme déterminée dans le cas où il viendrait à contester la validité de la concession. Il se trouva en retard de rendre compte du produit des mines, et il fut condamné de ce chef à une somme moindre que celle stipulée dans l'acte. La cour de cassation approuva la décision. Le retard à raison duquel le fermier était condamné n'était pas prévu par le contrat et n'avait rien de commun avec la clause pénale; donc le juge devait en faire abstraction et décider la question qui lui était soumise d'après les principes généraux de droit (1).

450. Quand un contrat prévoit les divers dommages qui pourront résulter de l'inexécution, le juge peut-il encore en admettre d'autres? Oui, en principe. Se prévaloir de ce qui a été prévu pour en induire qu'il n'est pas dû de réparation pour le dommage qui n'aurait pas été prévu, ce serait argumenter *à contrario;* mauvaise argumentation dans les conventions aussi bien que dans les lois. Tout dommage causé par le débiteur doit être réparé, prévu ou non; s'il est prévu, on applique la peine; s'il n'est pas prévu, on applique le droit commun. Il n'en serait autrement que si les parties avaient déclaré d'une manière bien positive que le débiteur ne sera tenu à d'autres dommages-intérêts que ceux qui sont stipulés dans le contrat. Il est dit, dans un contrat d'éclairage au gaz d'une ville, que les entrepreneurs payeront à la ville

(1) Rejet, 17 février 1820 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1618, 1°).

pour chaque jet de lumière qui ne sera pas allumé un quart d'heure après l'heure fixée, ou éteint une demi-heure avant la fin de la nuit la somme de dix centimes, et pour chaque jet de lumière qui n'aura pas été allumé, ou qui n'aura pas brûlé de toute la soirée ou de toute la nuit, il sera fait une retenue de vingt centimes. L'autorité communale fit des retenues pour réverbères *brûlant mal* aux termes des procès-verbaux. Protestation de l'entrepreneur; il invoque son contrat, où il n'était pas question de réverbères brûlant mal. La cour admit cette réclamation. Sans doute, on ne pouvait pas appliquer la peine stipulée pour le cas où un réverbère ne serait pas allumé à un cas où le réverbère brûlerait mal. Est-ce à dire que de ce dernier chef l'entrepreneur ne fût tenu à aucune indemnité? Non, certes; c'eût été dire que l'entrepreneur était libre de laisser la ville dans une obscurité relative, en ne donnant pas la lumière nécessaire pour l'éclairer suffisamment. Le mauvais éclairage était un préjudice non prévu; tout ce qui en résultait, c'est que le juge devait l'apprécier d'après le droit commun, sans être lié par la clause prévue. Il paraît que cette question ne fut point soulevée (1).

N° 2. DOMMAGES-INTÉRÊTS.

I. *Le juge peut-il modifier la peine?*

451. « La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale » (art. 1229). C'est une conséquence de la définition que l'article 1226 donne de la clause pénale : le débiteur s'engage à *quelque chose* en cas d'inexécution, ce *quelque chose* est la réparation du dommage que le créancier souffre de l'inexécution. En ce sens, la peine est *compensatoire* des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. C'est l'expression de Pothier que l'article 1229

(1) Bruxelles, 10 mars 1847 (*Pasicriste*, 1848, 2, 199).

reproduit. Mais Pothier entendait la compensation en un sens que le code n'a pas admis. Si la compensation de la peine n'est point suffisante, le créancier pourra-t-il demander, outre la peine, des dommages-intérêts qui l'indemnisent complétement, ce qui revient à majorer la peine? Par contre, si la peine est excessive, le débiteur peut-il demander qu'elle soit diminuée? Si l'on s'en tenait à l'idée de compensation, il faudrait répondre affirmativement, comme le fait Pothier. Mais les auteurs du code se sont écartés, en ce point, de la doctrine de leur guide habituel; l'article 1152 est formel : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. » Il est vrai que cette disposition n'est pas reproduite dans la section qui traite de la clause pénale; mais cela était tout à fait inutile, car la peine n'est pas autre chose que l'évaluation des dommages-intérêts par convention : la clause pénale et les dommages-intérêts conventionnels sont une seule et même clause sous des noms différents. Il faut donc dire de la peine ce que l'article 1152 dit des dommages intérêts conventionnels : le juge ne peut la modifier ni en faveur du créancier ni en faveur du débiteur.

L'orateur du gouvernement s'est exprimé en ce sens : « La peine stipulée par les contractants fait la loi entre eux. Le créancier ne doit pas être admis à dire que cette peine est insuffisante, ni le débiteur à prétendre qu'elle est excessive. Quel serait le juge qui mieux que les parties pourrait connaître les circonstances et les intérêts respectifs qui ont déterminé la fixation de la peine? » La raison que donne Bigot-Préameneu n'est pas déterminante; les parties peuvent se tromper; l'une d'elles peut abuser de la nécessité où se trouve l'autre de contracter; il se peut donc que la peine soit excessive ou insuffisante. Même dans ce cas l'on doit maintenir la loi du contrat, sinon il faudra toujours tout abandonner à l'arbitraire du juge. Il y a d'ailleurs un motif spécial de s'en tenir à la peine telle qu'elle est stipulée au contrat. Pourquoi les

parties évaluent-elles les dommages-intérêts au lieu de s'en rapporter au juge? C'est pour éviter les lenteurs et les frais des enquêtes ainsi que l'incertitude et l'arbitraire de l'appréciation du juge; ce serait donc aller contre leur intention que de permettre à l'une d'elles de remettre en question ce qu'elles ont voulu décider irrévocablement (1).

452. La jurisprudence est en ce sens. Il est stipulé, dans la vente d'un immeuble, que si le contrat est résolu pour défaut de payement du prix, les améliorations faites par l'acheteur profiteront au vendeur à titre de dommages-intérêts. La valeur des améliorations se trouva si grande, que la peine parut excessive. On demanda la réduction des dommages-intérêts. La cour maintint la clause pénale dans toute sa rigueur (2).

Le principe a même été appliqué aux dommages-intérêts qualifiés d'amendes. Il ne peut être question d'une amende proprement dite en matière de conventions; ce qu'elles qualifient ainsi n'est autre chose qu'une évaluation conventionnelle du dommage souffert. Cette évaluation peut être excessive, c'est aux parties intéressées à ne pas s'y soumettre; dès qu'elles ont consenti, elles doivent en subir les conséquences. Un fabricant de tapis affiche un règlement qui faisait défense aux ouvriers d'entrer dans les ateliers avec des sabots sous peine d'une amende de dix francs. Une retenue de dix francs fut faite sur le salaire d'une ouvrière; le conseil des prud'hommes réduisit l'amende à cinquante centimes. Le jugement est très-sévère pour le fabricant : il fait telle loi qu'il lui plaît, dit le conseil, parce qu'il trouve toujours des ouvriers qui acceptent ses conditions. L'amende, dans l'espèce, était d'une exagération évidente, puisqu'elle représentait près de la moitié du salaire de l'ouvrière coupable pendant un mois. Mais il est tout aussi évident qu'il y avait excès de pouvoirs dans la décision des prud'hommes; elle fut cas-

(1) Pothier, *Des obligations*, nos 342 et 345 Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, no 109 (Locré, t. VI, p. 167) Toullier, t. III. 2 p. 502, nos 811 et 812. Duranton, t. XI, p. 464, no 341. Colmet de Santerre, t. V, p. 292, no 165 *bis*.

(2) Dijon, 5 janvier 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*, no 1385).

sée. La cour de cassation rappelle que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et que lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre (art. 1134 et 1152). La loi était violée, force devait rester à la loi (1).

453. La règle qui défend au juge de modifier la peine souffre-t elle des exceptions? D'après la législation française, il y en a une qui résulte de la loi du 3 septembre 1807. Cette loi limite le taux de l'intérêt conventionnel à 5 pour cent en matière civile et à 6 pour cent en matière commerciale. On ne pouvait donc ni directement ni indirectement stipuler des intérêts plus élevés, pas même à titre de peine, car la peine n'est autre chose que l'évaluation des dommages-intérêts, et ces dommages-intérêts ne pouvaient dépasser l'intérêt légal dans les obligations qui avaient pour objet une somme d'argent : la défense de stipuler des intérêts plus élevés étant d'ordre public, les parties ne pouvaient y déroger. D'après notre législation, le taux de l'intérêt conventionnel peut être fixé par les parties intéressées comme elles l'entendent et, par suite, elles peuvent fixer la peine comme elles veulent : l'intérêt serait de 100 pour cent que le débiteur devrait le payer.

454. L'article 1231 porte que la peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie. » Il faut combiner cette disposition avec celle de l'article 1244, d'après laquelle le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le payement d'une dette même divisible. Ce principe reçoit son application aux obligations avec clause pénale. Le débiteur ne peut donc pas offrir à son créancier de lui payer partie de ce qu'il lui doit pour éviter le payement de la peine totale; le créancier peut refuser cette offre et constituer le débiteur en demeure, ce qui obligera celui ci de payer toute la peine. Mais le créancier peut recevoir volontairement une partie de la dette. Quel sera l'effet de ce paye-

(1) Cassation, 14 février 1866 (Dalloz, 1866, 1, 84).

ment divisé en ce qui concerne la peine? Pothier dit que d'après la rigueur du droit on pourrait soutenir que le débiteur doit la peine entière parce qu'il manque à son engagement qui consiste à exécuter l'obligation pour le total. A vrai dire, cette rigueur serait excessive; le créancier a renoncé à l'exécution pour le total en recevant un payement divisé; il ne peut donc plus se prévaloir contre le débiteur de l'inexécution de l'obligation. Il faut prendre l'obligation telle qu'elle est, divisée par le consentement du créancier; il a reçu une partie de ce qu'il a stipulé; or, la peine tenait lieu de dommages-intérêts pour l'inexécution totale. C'est dire que le créancier ne peut plus demander toute la peine, car ce serait profiter de l'exécution partielle tout ensemble et des dommages-intérêts pour l'inexécution de la partie de l'obligation qui a été exécutée; or, d'après l'article 1229, le créancier ne peut demander en même temps le principal et la peine. Lors donc que le créancier a été payé pour une partie de l'obligation principale, il ne peut plus recevoir la peine pour cette partie.

Est-ce à dire que nécessairement la peine devra être réduite et qu'elle devra l'être proportionnellement à l'exécution partielle que le contrat a reçue? Non, l'article 1229 ne dit pas que la peine *doit être* modifiée, il dit que le juge *peut* la modifier. C'est une question de fait. Il se peut que, malgré le payement partiel, le créancier éprouve le même dommage que si l'obligation n'avait pas été exécutée; il se peut, du moins, que la diminution du dommage ne soit pas en proportion de l'exécution partielle. C'est au juge à apprécier le dommage que souffre le créancier et à évaluer en conséquence les dommages et intérêts auxquels il a droit (1).

453. Nous ne donnons pas d'exemple, parce que nous n'en trouvons pas dans la jurisprudence, et ceux que les auteurs citent sont ou insignifiants ou très-mal choisis, en ce sens qu'ils se rapportent à des obligations

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 350. Duranton, t. XI, p. 503, n° 358. Colmet de Santerre, t. V, p. 296, n[os] 168 *bis* I et II.

indivisibles. Une peine est stipulée, dit Toullier, pour le cas où l'entrepreneur ne livrerait pas la maison à telle époque, prête à être habitée. Si la maison n'est pas achevée, la peine sera due pour le tout, parce qu'il est évident que la volonté des parties a été, non-seulement que la maison fût fort avancée, mais achevée et habitable à l'époque indiquée. Il faut dire plus : l'obligation, dans l'espèce, est indivisible (n° 370), elle n'est donc pas susceptible d'une exécution partielle; le créancier devrait faire novation pour que l'obligation, d'indivisible qu'elle est, devînt divisible. Puisque le débiteur contrevient pour le tout, il est certain qu'il doit la peine pour le tout. M. Demolombe cite un autre exemple. Le débiteur s'est obligé à creuser un canal de cent mètres, sous la sanction d'une clause pénale; il ne creuse que cinquante mètres, il ne doit que la moitié de la peine. Un ouvrage à faire n'est-il pas une obligation indivisible? Que fera le créancier d'un canal de cinquante mètres, alors qu'il lui en faut cent? M. Demolombe avoue qu'un voyage à faire est une obligation indivisible et que, par suite, le débiteur doit la peine en entier, quand même il aurait fait une partie du voyage (1). N'en est-il pas de même de l'obligation qui consiste à faire un ouvrage?

456. Les parties peuvent déroger à l'article 1231, comme elles peuvent déroger à toutes les dispositions du titre des *Obligations*, dès qu'elles ne concernent pas l'ordre public et les bonnes mœurs. Un sous-entrepreneur s'oblige à livrer à des époques déterminées seize mille traverses en bois de chêne pour la construction d'un chemin de fer. Il était stipulé dans le traité qu'en cas de retard dans la livraison, le débiteur serait passible, à titre de dommages-intérêts, de 50 centimes par chaque traverse non livrée en temps voulu. L'acte ajoutait que si les quantités qui donneraient lieu à cette indemnité n'étaient pas livrées un mois après une simple mise en demeure, le sous-entrepreneur serait dépossédé de la four-

(1) Toullier, t. III, 2, p. 517, n° 839. Demolombe, t. XXVI, p. 589, n° 670.

niture de toutes les traverses manquantes et passible d'une indemnité de 50 centimes par chaque traverse qu'il aurait à fournir. Le marché n'ayant pas été régulièrement exécuté, le traité fut résilié; la cour prononça des dommages-intérêts, mais moindres que ceux qui étaient fixés par la clause pénale, en se fondant sur l'article 1231 et en constatant que l'entrepreneur n'avait éprouvé qu'un dommage très-peu considérable. Cette décision fut cassée, et à juste titre. La cour perdait de vue que les parties avaient prévu le cas d'exécution partielle et réglé d'avance ce que le débiteur aurait à payer pour n'avoir pas exécuté la convention en son entier. Ce n'était donc pas le cas de l'article 1231, il fallait appliquer la peine dans toute sa rigueur et sans considérer la quotité du dommage que le créancier avait éprouvé; les parties ayant réglé leurs intérêts, il ne restait au juge qu'à exécuter la loi du contrat (1).

457. Il ne faut pas confondre avec la clause pénale la convention par laquelle le débiteur, reconnaissant le dommage qu'il a causé, s'oblige à le réparer en payant au créancier une somme déterminée à titre d'indemnité. Il ne s'agit plus de peine dans ce cas, il s'agit de l'exécution d'un engagement. Le tribunal pourrait-il le réduire par le motif qu'il est excessif? L'affirmative a été jugée dans une espèce où un billet avait été souscrit au profit d'une fille, en réparation du tort que le souscripteur lui avait fait. Le coupable, car il y avait un coupable, épuisa tous les artifices de la chicane pour se soustraire à l'exécution de sa promesse; le tribunal repoussa ces mauvaises excuses dans des termes assez durs, mais qui étaient mérités. Sur l'appel, la décision fut maintenue, mais la cour réduisit le montant de la réparation; elle invoque la jurisprudence constante qui permet de réduire et de déterminer le montant des dommages-intérêts suivant le préjudice souffert et eu égard à la fortune de celui qui doit la réparation (2). Sans doute, en l'absence d'une

(1) Cassation, 4 juin 1860 (Dalloz, 1860, 1, 257) et un renvoi, 10 janvier 1861 (Dalloz, 1861, 2, 33).
(2) Nimes, 17 décembre 1849 (Dalloz, 1852, 2, 69).

convention, le juge doit prendre en considération les circonstances de la cause. Mais, dans l'espèce, il y avait une convention et une convention souscrite par un homme d'un âge mûr, éclairé, et ayant une grande habitude des affaires. C'était bien le cas d'appliquer l'article 1134 en décidant que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

II. *Le créancier peut-il demander la peine et l'exécution de l'obligation?*

458. Aux termes de l'article 1229, le créancier ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard. Ce principe résulte de la nature même de la clause pénale. Quel est son but? L'article 1229 répond que c'est la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale; cela suppose que l'obligation principale n'est pas exécutée; de là suit que si l'obligation principale est exécutée, la peine n'est pas due. Il est donc impossible que le créancier demande tout ensemble la peine et l'exécution de l'obligation principale : ce serait demander deux fois la même chose.

459. L'article 1229 dit que, par exception, le créancier peut demander l'exécution de l'obligation principale et la peine, lorsque la peine a été stipulée pour le simple retard. On ne peut pas dire que ce soit une exception à la règle; car, dans ce cas, la peine n'est pas la compensation du dommage que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale, c'est seulement l'évaluation du dommage qu'il éprouve par le retard dans l'exécution. L'objet de la peine moratoire implique qu'elle est due par le seul fait du retard, mais le retard n'empêche pas le créancier de demander l'exécution de l'obligation principale.

Il importe donc beaucoup de savoir si la peine est moratoire ou compensatoire. C'est une question de fait. Les auteurs remarquent que la quotité de la peine aidera

le juge à décider la difficulté. Lorsque la peine est compensatoire, elle représente la valeur de l'obligation principale, plus des dommages-intérêts pour indemniser complétement le créancier de la perte qu'il fait et du gain dont il est privé. La peine stipulée pour le simple retard a un objet beaucoup plus restreint; le droit du créancier de poursuivre l'exécution de l'obligation subsiste, et il a en même temps droit à une réparation pour le retard que le débiteur met à remplir son obligation; la peine sera donc beaucoup moindre en ce cas que dans le premier (1).

460. La peine est stipulée pour le retard. Mais il se trouve que le créancier demande la résolution du contrat pour cause d'inexécution des obligations contractées par le débiteur. Que devient, dans ce cas, la clause pénale? La cour de cassation a jugé que, dans ce cas, la clause devenait sans objet. En effet, elle suppose qu'il n'y a qu'un simple retard, mais que, malgré ce retard, l'obligation sera exécutée; il s'agit alors d'indemniser le créancier du préjudice qu'il éprouve par le seul fait du retard; la clause pénale évalue ce préjudice. Mais si le créancier demande la résolution du contrat, il ne peut plus s'agir d'un simple retard à exécuter une convention qui, étant résolue, sera censée n'avoir jamais existé. Dans ce cas, la clause pénale tombe; le juge accordera des dommages-intérêts pour cause d'inexécution et il les évaluera d'après le droit commun (2).

461. Il peut se présenter d'autres cas dans lesquels le créancier a droit à la peine tout ensemble et à l'exécution de l'obligation principale. Supposons que dans une transaction il soit dit que celle des parties contractantes qui attaquera la transaction sera passible d'une peine de 1,000 francs pour ce seul fait, c'est-à-dire, alors même que la transaction serait maintenue par le juge. La clause pénale n'a pas, dans ce cas, pour objet de compenser le dommage que le créancier souffre de l'inexécution de

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 293, n° 166 *bis* I et II. Rejet, 27 avril 1840 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 692).

(2) Rejet, 8 juillet 1873 (Dalloz, 1874, 1, 56). Comparez Rejet, 8 janvier 1874 (Dalloz, 1874, 1, 387).

l'obligation principale, puisque les parties ont dit formellement que la peine serait due quand même la transaction serait maintenue; la peine a un but tout spécial : c'est d'assurer la tranquillité de ceux qui ont préféré renoncer à une partie de leurs prétentions que de plaider; elle a donc pour objet d'empêcher le procès; dès que le procès est intenté, la peine sera due. Est-ce à dire que tel soit toujours et nécessairement le but de la peine quand elle est ajoutée à une transaction? Nous reviendrons sur la question en expliquant l'article 2047, aux termes duquel « on peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter ». C'est une question de fait, puisque tout dépend de l'intention que les parties contractantes ont eue en stipulant la peine. Si elles ont entendu que la peine fût une compensation de l'inexécution de la transaction, on reste dans le droit commun; la peine ne sera due que si la transaction est rompue. Si, au contraire, comme nous l'avons supposé, les parties ont voulu prévenir les procès qui pourraient s'élever sur la transaction, la peine sera encourue par le fait seul qu'un procès est intenté, ce qui n'empêchera pas de soutenir que la transaction devra être exécutée (1).

Ce que nous avons dit de la peine ajoutée à une transaction s'applique aussi au compromis et au partage; il faudra voir quelle est l'intention des parties contractantes; elles peuvent déroger à l'article 1229 en stipulant que le créancier peut demander le principal et la peine, et leur volonté tient lieu de loi.

§ IV. *Influence de l'indivisibilité sur la clause pénale.*

Nº 1. A L'ÉGARD DES HÉRITIERS DU DÉBITEUR.

462. Un premier cas peut se présenter : la peine a été encourue par le débiteur, à quoi seront tenus ses héritiers? La loi ne prévoit pas cette hypothèse, parce qu'elle

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 296, nº 168 *bis* I.

ne pouvait donner lieu à aucun doute. On applique les principes qui régissent la divisibilité et l'indivisibilité des obligations. Si la peine est divisible, elle se divisera entre les héritiers du débiteur, comme toute dette se divise entre eux; chacun n'en sera tenu que pour sa part et portion héréditaire. Si, par exception, l'objet de la peine était une chose ou un fait indivisible, le créancier pourrait assigner chacun des héritiers du débiteur pour la totalité de l'obligation, conformément à l'article 1225 (1).

463. La peine est encourue par le fait de l'un des héritiers du débiteur. Cette hypothèse est prévue par les articles 1232 et 1233. La loi distingue si l'obligation principale est indivisible ou si elle est divisible.

« Lorsque l'obligation primitive contractée avec une clause pénale est d'une chose indivisible, la peine est encourue par la contravention d'un seul des héritiers du débiteur (art. 1232). » Pourquoi la peine est-elle encourue pour le total quand un seul des héritiers contrevient à l'obligation? L'obligation étant indivisible, chacun des héritiers en est tenu pour le total; celui qui y contrevient y contrevient donc pour le total; on ne conçoit pas même qu'il y contrevienne pour partie, puisque l'obligation n'est pas susceptible d'une exécution partielle. Or, la peine a pour objet de garantir l'exécution de l'obligation, elle doit donc être encourue pour le total, dès que l'obligation n'est pas exécutée pour le total. Reste à savoir contre qui la peine peut être demandée.

L'article 1232 décide que la peine peut être demandée en totalité contre celui qui a fait la contravention. En contrevenant, il a contrevenu pour le total, il doit donc être tenu pour le total; c'est la conséquence de l'inexécution de la convention.

L'article 1232 donne aussi au créancier une action contre chacun des cohéritiers pour leur part et portion, et hypothécairement pour le tout, sauf leur recours contre celui qui a fait encourir la peine. Pourquoi des héritiers qui n'ont pas contrevenu à l'obligation sont-ils

(1) Duranton, t. XI, p. 515, nos 367 et 368

néanmoins tenus de leur part dans la peine? C'est que la peine a été stipulée pour le cas de contravention à l'obligation ; or, il y a inexécution de l'obligation pour le tout par la contravention de l'un des héritiers ; la condition sous laquelle la peine est due s'étant réalisée, tous ceux qui ont promis la peine en doivent être tenus ; donc aussi les héritiers, chacun pour sa part héréditaire. La peine se divise parce que la loi la suppose divisible ; si elle était garantie par une hypothèque, l'héritier détenteur de l'immeuble hypothéqué pourrait être poursuivi pour le tout en vertu de l'indivisibilité de l'hypothèque (n° 407).

La loi donne aux héritiers non contrevenants un recours contre celui qui a fait encourir la peine. Ce recours est fondé sur l'équité. Si les héritiers non contrevenants ont dû payer leur part dans la peine, c'est par la faute de l'héritier contrevenant, qui, en ne remplissant pas une obligation indivisible, a fait encourir la peine pour le tout ; mais la peine suppose l'imputabilité, on ne conçoit pas que celui à qui l'inexécution de l'obligation n'est pas imputable doive supporter une part dans la peine ; s'il a dû la payer d'après la rigueur du droit, l'équité exige qu'il ait son recours contre celui qui, étant seul coupable, doit aussi seul supporter les conséquences de sa faute (1).

464. Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles qui nous semble contraire à la disposition de l'article 1232 que nous venons d'analyser. Un débiteur constitue une hypothèque pour sûreté de la dette ; il est dit dans l'acte qu'il s'oblige à procurer au créancier la radiation de l'inscription hypothécaire qui grevait l'immeuble. Cette obligation ne fut pas remplie ; les héritiers furent condamnés à l'exécuter, et faute de procurer la radiation dans la quinzaine, le jugement les condamna solidairement au remboursement de la dette pour sûreté de laquelle l'hypothèque avait été promise. Sur l'appel, la décision fut réformée en ce qui concerne la condamnation solidaire, les héritiers n'étant tenus des dettes que pour leur part et por-

(1) Pothier, *Des obligations*, nos 355 et 356. Colmet de Santerre, t. V, p. 297 ; p. 169 *bis* I.

tion héréditaire (1). Cela serait évident si l'obligation était divisible. Mais l'obligation de procurer la radiation d'une inscription hypothécaire est indivisible : on ne radie pas une inscription partiellement, parce qu'elle est prise pour la conservation d'un droit indivisible. Or, tous les héritiers avaient contrevenu à l'obligation; ils y avaient contrevenu pour le tout, donc ils devaient être tenus chacun pour le tout de la peine prononcée par le juge. Seulement le juge n'aurait pas dû prononcer une condamnation solidaire, puisqu'il n'y avait pas de solidarité. Il y avait indivisibilité, et c'était le cas d'appliquer l'article 1232, en prononçant une condamnation pour le tout contre chacun des héritiers qui avaient contrevenu chacun pour le tout.

465. « Lorsque l'obligation primitive contractée sous une peine est divisible, la peine n'est encourue que par celui des héritiers du débiteur qui contrevient à cette obligation, et pour la part seulement dont il était tenu dans l'obligation principale, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont exécutée » (art. 1233). L'obligation étant divisible, elle se divise de plein droit entre les héritiers: chacun n'en est tenu que pour sa part, et la peine se divise naturellement dans la même proportion. De là suit que ceux des héritiers qui exécutent l'obligation ne peuvent être tenus d'aucune peine; si l'un d'eux ne l'exécute pas, il encourt la peine, non pour le total de l'obligation primitive, mais pour le total de l'obligation divisée, c'est-à-dire qu'il devra sa part héréditaire dans la peine. C'est la conséquence du principe de la divisibilité de l'obligation et de la peine.

466. Le deuxième alinéa de l'article 1233 dit que cette règle reçoit exception lorsque la clause pénale a été ajoutée dans l'intention que le payement ne pût se faire partiellement. L'un des héritiers du débiteur, par son refus, empêche l'exécution de l'obligation pour la totalité. Quelle en sera la conséquence? La loi décide que la peine

(1) Bruxelles, 5 juin 1823, et la note de l'arrêtiste (*Pasicrisie*, 1823, p. 437).

entière pourra être exigée contre l'héritier qui a empêché l'exécution de l'obligation; quant aux autres cohéritiers, ils peuvent être poursuivis, mais pour leur portion seulement et sauf leur recours. Pourquoi l'héritier contrevenant doit-il toute la peine, quoique l'obligation soit divisible? C'est que la peine a été stipulée dans l'intention d'assurer l'exécution totale de l'obligation; donc dès qu'il y a inexécution partielle par la faute de l'un des héritiers, le créancier doit avoir le droit d'exiger la peine entière contre lui; telle est la volonté des parties contractantes. Pourquoi le créancier a-t-il action contre les héritiers qui ont exécuté, on qui sont prêts à exécuter l'obligation pour leur part? Parce que cette exécution partielle n'atteint pas le but du créancier; il a voulu une exécution totale, et pour la garantir il a stipulé une peine. La peine est donc due par tous ceux qui sont tenus de l'obligation dès que l'obligation n'est pas exécutée pour la totalité. Pourquoi chacun des héritiers n'est-il tenu que pour sa part et sauf recours? D'après la rigueur du droit, le créancier devrait avoir le droit de poursuivre chacun des héritiers pour le total, puisque l'intention des parties contractantes a rendu l'obligation indivisible sous le rapport du payement, et dans ce cas, en vertu de l'article 1221, chaque héritier peut être poursuivi pour le tout, sauf recours. On peut expliquer la décision du code par une considération d'équité : c'est par la contravention de l'un des héritiers que l'obligation n'a pas pu être exécutée pour le total, il est juste que lui seul soit tenu pour le total; les autres héritiers n'ayant pas contrevenu, il ne serait pas équitable de les mettre sur la même ligne que l'héritier contrevenant. Ils n'ont pas contrevenu, ils ne peuvent donc être poursuivis qu'en leur qualité d'héritiers; comme tels, ils ne doivent que leur part; encore ont-ils leur recours, puisqu'ils ne doivent leur part qu'à raison d'une contravention qui ne peut leur être imputée (1).

(1) Pothier, nos 359 et suiv.; Duranton, t. XI, p. 528, nos 377-380.

N° 2. A L'ÉGARD DES HÉRITIERS DU CRÉANCIER.

467. Si l'obligation garantie par une peine est divisible, elle se divise entre les héritiers du créancier; chacun n'a droit qu'à sa part héréditaire dans la créance. Si donc le débiteur n'exécute pas l'obligation à l'égard de l'un des héritiers, celui-ci pourra demander la peine dans la proportion de sa part héréditaire. On suppose que la peine est divisible; si elle l'est, elle se divise en même temps que l'obligation principale. La loi ne prévoit pas cette hypothèse, et il était inutile de la prévoir, la décision résultant des principes élémentaires qui régissent les obligations divisibles.

468. L'obligation principale est indivisible; chacun des héritiers du créancier peut donc en exiger l'exécution pour le total. Si le débiteur contrevient à l'obligation à l'égard de l'un des héritiers, quelle sera la conséquence de cette contravention? Il contrevient à l'obligation pour le tout, la peine est donc encourue pour le tout. Mais la peine peut-elle aussi être demandée pour le tout, soit par l'héritier à l'égard duquel l'obligation n'a pas été exécutée, soit par les autres héritiers? Il y a quelque hésitation sur ce point dans la doctrine. Il nous semble que la question doit être décidée négativement. La peine est la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale; or, quand l'obligation indivisible se convertit en dommages-intérêts, chaque créancier ne peut demander que sa part dans ces dommages-intérêts, donc chaque créancier ne peut demander que sa part dans la peine (1).

(1) Comparez Pothier, n° 364. Duranton, t. XI, p. 526, n° 376. Demolombe, t. XXVI, p. 615, n°s 714-717.

CHAPITRE VII.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

---

469. L'article 1234 énumère les diverses causes qui éteignent les obligations. Nous y renvoyons. L'une de ces causes a donné lieu à une controverse de doctrine, c'est la prescription. On dit qu'il n'est pas exact que la prescription soit un mode d'extinction des obligations, parce que la prescription n'influe que sur le droit d'action et non sur la créance elle-même; elle donne au débiteur une exception, mais l'exception n'empêche pas le droit d'exister. L'article 2262 semble confirmer cette doctrine : il porte que toutes les *actions* sont prescrites par trente ans, il ne dit pas que la créance est éteinte. A cela on répond que l'article 2219 définit la prescription un moyen de se libérer par un certain laps de temps; donc, dit-on, le débiteur est libéré, ce qui veut bien dire que la dette est éteinte (1).

Il y a donc des textes qui paraissent contradictoires. Pothier nous donnera l'explication de cette contradiction apparente. Il place la prescription parmi les fins de non-recevoir que le débiteur peut opposer au créancier. Or, les fins de non-recevoir n'éteignent pas la créance, mais elle la rendent inefficace en rendant le créancier non recevable à intenter l'action qui en naît. Voilà la théorie de l'article 2232. Elle n'est pas d'une vérité absolue, car Pothier ajoute : Quoique les fins de non-recevoir n'éteignent pas la créance dans la réalité des choses, néanmoins elles la font présumer éteinte et acquittée tant que la fin de non-recevoir subsiste. En ce sens l'article 2217

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 147 et note 5, § 314. Merlin, *Répertoire*, au mot *Prescription*, n° 7. Comparez Demolombe, t. XXVII, p. 15, n° 2[illegible].

dit que la prescription libère le débiteur; l'article 1234 a donc pu placer la prescription parmi les modes d'extinction des obligations (1).

470. Le code ne range pas la mort des parties contractantes parmi les causes qui éteignent les obligations. En effet, nous promettons et nous stipulons pour nos héritiers; les dettes et les créances passent donc aux héritiers des parties contractantes (art. 1122 et 724). Il y a des exceptions, mais comme ce ne sont que des exceptions, la loi n'a pas pu les mentionner dans une disposition qui établit la règle générale concernant les modes d'extinction des obligations. Les obligations s'éteignent parfois par la mort du débiteur en vertu de la loi : telle est l'obligation du tuteur; l'article 419 dit que la tutelle est une charge personnelle, qui ne passe point aux héritiers du tuteur. Parfois la nature du contrat rend l'obligation personnelle : tels sont les contrats de rente viagère, de société, de mandat. Nous renvoyons les détails aux titres des *Contrats*, qui sont le siége de la matière.

471. On cite encore une autre cause d'extinction des obligations que l'on formule d'une manière diverse : les uns disent que les obligations s'éteignent par la survenance de circonstances telles, que les parties n'auraient pas contracté si elles les avaient prévues; d'autres disent que les obligations s'éteignent par la survenance d'un empêchement qui rend impossible l'accomplissement de l'obligation (2). Ce qui rend cette théorie suspecte, c'est que l'on n'en trouve aucune trace, et le législateur s'est bien gardé de consacrer une règle qui aurait servi de prétexte pour rompre les contrats à ceux qui, voyant leurs espérances trompées, regrettent de s'être engagés et voudraient revenir sur ce qu'ils ont fait. La formule des éditeurs de Zachariæ est plus précise et partant moins dangereuse; encore est-elle trop vague et trop absolue; il faut voir si l'empêchement qui survient est ou non impu-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 677.
(2) Larombière, t. III, p. 53, article 1234, n° 4 (Ed. B., t. II, p. 139). Aubry et Rau, t. IV, p. 147, § 314. En sens contraire, Demolombe, t. XXVII, p. 7, n° 16.

table au débiteur; s'il ne lui est pas imputable, il aura été empêché par cas fortuit d'exécuter ses engagements : dans ce cas, il ne répond pas des conséquences de l'inexécution (art. 1147). Il faut faire une exception pour le cas où le débiteur est en demeure, car la demeure met les risques à sa charge, avec une nouvelle restriction toutefois, comme le dit l'article 1302. On voit combien ces formules générales sont incorrectes; il faut ajouter qu'elles sont inutiles ; c'est ce que nous allons prouver en parcourant la jurisprudence.

472. La cour de cassation cite deux adages empruntés aux textes romains, dont l'un dit le contraire de ce que dit l'autre : « Un contrat peut continuer de subsister quand même il arriverait un événement qui en aurait empêché le commencement (1). » Voilà l'une des règles, elle tend à maintenir le contrat. Voici l'autre, qui tend à le résoudre : « Le contrat se résout si pendant qu'il s'accomplit il arrive un événement d'après lequel ce contrat n'aurait pas eu de commencement (2). » Peu nous importe la contradiction réelle ou apparente qui existe entre deux maximes du Digeste, alors que le code n'en reproduit aucune; c'est de l'histoire, et trop longtemps l'on a respecté cette histoire, de même que telle autre histoire, comme l'expression de la vérité absolue; l'histoire est le récit de nos erreurs et des efforts que nous faisons pour découvrir la vérité. Laissons donc là le Digeste pour nous en tenir au code Napoléon.

Deux négociants s'engagent à vendre à cinq marchands de Paris, et ceux-ci à leur acheter, 240 quintaux de jambons de Bayonne par an, au cours de Paris, avec déduction de 5 pour cent de commission. Ce traité reçut son exécution pendant deux années. L'un des cinq acheteurs étant venu à décéder dans le courant de la troisième année, les quatre autres déclarèrent aux vendeurs que le traité était rompu par cet événement, sauf à en faire un nou-

(1) « *Quæ semel utiliter constituta sunt, durant etiam si in casum inciderint à quo incipere non poterant.* » (L. 85, D., *de reg jur.*)

(2) « *Quæ semel constituta sunt resolvuntur, si in eum casum inciderint, à quo incipere non poterant.* » LL. 98 et 140, *de V. S.*

veau sur d'autres bases. Les vendeurs demandèrent l'exécution du traité, sinon 500 francs de dommages intérêts par an pour chacun d'eux. Le tribunal considéra la convention litigieuse comme constitutive d'une société dont la durée n'était pas limitée et la déclara résolue, soit en vertu de l'article 1865, qui porte que la société finit par la mort de l'un des associés, soit en vertu de la disposition du même article qui dit que la société prend fin par la volonté que l'un ou plusieurs des sociétaires expriment de n'être plus en société. Quels devaient être les effets de la résolution? La bonne foi étant la base de toute convention, dit le tribunal, il n'est pas permis de supposer que les parties aient entendu laisser sans réparation le préjudice que l'inexécution du traité pourrait entraîner pour l'une d'elles. En conséquence, il condamna les acheteurs à des dommages-intérêts envers le vendeur pendant cinq ans. Sur l'appel, la cour de Pau maintint la résolution du traité; mais elle décida que, la convention ayant pris fin par un événement qui n'était imputable à aucun des associés, il n'y avait pas lieu de les condamner à des dommages-intérêts. Cette décision a été maintenue par la cour de cassation. La cour cite les deux maximes romaines et applique à l'espèce celle qui mettait fin au contrat à raison du changement de circonstances : la durée de la convention n'ayant pas été limitée, il n'est pas permis de croire, dit la cour, que les contractants aient voulu y persister quels que fussent les événements ultérieurs qui se seraient opposés à son exécution. Puis la cour décida qu'il n'y a pas lieu à prononcer des dommages-intérêts, parce que le débiteur ne doit pas de dommages-intérêts lorsque l'inexécution du contrat provient d'une cause qui ne peut lui être imputée (1). On voit que la cour de cassation, tout en admettant que le traité prenait fin par la mort de l'un des acheteurs, motivait la dissolution sur une cause autre que celle qui avait été invoquée par la cour d'appel; celle-ci appliquait les règles de la société, tandis que la cour suprême se basait sur un principe qui n'est pas écrit

(1) Rejet, 20 août 1838 (Dalloz, au mot *Société*, n° 708).

dans nos lois et qui, dans l'espèce, était en opposition avec un principe que le code consacre, à savoir que les conventions ne sont pas rompues par la mort des parties contractantes. A quoi bon citer des maximes romaines alors que les règles de notre droit moderne suffisent pour décider la contestation?

473. Un maître de forges achète d'une compagnie l'usage d'une invention brevetée qui substituait l'air échauffé à l'air froid dans les machines soufflantes pour activer la combustion; le fabricant s'obligeait à payer 12,000 francs par an, plus une somme de 3,000 francs pour l'usage qu'il avait déjà fait du nouveau procédé. Deux ans après, la déchéance du brevet fut prononcée sur la demande d'un autre maître de forges; le premier actionna en conséquence la société en nullité du traité, en restitution des sommes payées et en dommages-intérêts. Le tribunal de la Seine accueillit cette demande. Il prononça la nullité du traité en se fondant sur l'annulation du brevet, ce qui laissait la convention sans cause. Cette décision fut infirmée par la cour d'appel. Au moment où intervint le traité litigieux, dit la cour, la société était en possession non contestée du brevet; le maître de forges a traité librement avec elle, il a retiré de grands avantages de l'introduction du nouveau procédé dans ses usines; il est donc juste que la convention soit exécutée jusqu'au jour où l'annulation en a été demandée. Pourvoi en cassation et arrêt de rejet. La cour commence par établir que la convention avait pris fin parce qu'elle était tombée *in eum casum a quo incipere non poterat*. Etait-il nécessaire de parler latin pour arriver à cette conclusion? Pouvait-il y avoir obligation de payer l'usage d'un brevet alors qu'il n'y avait plus de brevet? La seule difficulté était de savoir si la déchéance devait agir sur le passé, et, dans l'espèce, la solution n'était pas douteuse; il y avait une convention régulière exécutée de bonne foi, le maître des forges avait retiré de l'exécution les avantages qu'il s'en était promis : pouvait-il obtenir tout sans rien donner, tandis que l'autre contractant aurait donné tout sans rien obtenir? Une pareille prétention, dit l'arrêt,

était contraire à tous les principes de justice et d'équité qui régissent les contrats (1).

474. On cite encore un arrêt de la cour de Rouen. Au mois d'avril 1842, une personne s'engage à établir un service de roulage accéléré en trois jours de Rouen sur Paris ; l'autre contractant en devait être le correspondant ; celui-ci s'obligeait à fournir un chargement de marchandises payant le prix d'accéléré. Le traité était fait pour deux ans ; mais dès l'année 1843, le chemin de fer était construit et se chargeait du transport des marchandises en un jour à 50 pour cent au-dessous du prix du roulage accéléré. La convention pouvait-elle être maintenue dans ces circonstances? Dans l'espèce, on pouvait dire que l'exécution en était devenue impossible : comment faire le roulage alors qu'il n'y aurait plus eu de marchandises à transporter? La cour prononça la résolution du traité ; il importe de constater le motif sur lequel elle se fonde. Elle ne cite pas les maximes romaines invoquées par la cour de cassation, et elle n'en avait pas besoin. Le chemin de fer de Paris à Rouen, dit l'arrêt, constituait un cas de force majeure qui s'opposait à l'exécution des conventions verbales arrêtées entre les parties. Voilà un motif péremptoire, il est écrit dans le code civil (art. 1147); pourquoi aller chercher dans le Digeste des motifs contestables que le code ignore?

475. Notre conclusion est formulée par la loi : « Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise » (art. 1134). Les causes qui mettent fin aux conventions, en dehors du consentement des parties, sont énumérées dans l'article 1234 ; il n'y en a pas d'autres. De là la conséquence consacrée par la cour de Gand que s'il est établi qu'une convention a été légalement formée, elle subsiste, et elle doit être exécutée jusqu'à ce que l'on prouve qu'elle est éteinte par un des modes légaux qui entraînent l'extinction des obligations. L'intérêt pratique est celui-ci. On

(1) Rejet, 27 mai 1839 (Dalloz au mot *Brevet d'invention*, n° 215).

alléguait devant la cour une convention qui remontait à 1784; la partie obligée soutenait que c'était au créancier à prouver que la convention existait encore. La cour repoussa cette prétention peu juridique. Il était prouvé que l'obligation existait en 1784; la preuve subsistait contre le débiteur, sauf à lui à prouver que l'obligation était éteinte par la prescription, ou par tout autre mode légal. On objectait au créancier qu'il n'avait pas de titre. L'objection était insignifiante en droit; en fait, dit l'arrêt, cette circonstance, jointe à de fortes présomptions de payement, doit rendre le juge plus difficile dans l'appréciation des moyens de preuve; c'est une difficulté de fait qui n'a rien de commun avec la question de droit (1).

SECTION I. — Du payement.

ARTICLE 1er. Du payement en général.

§ Ier. *Des conditions requises pour la validité du payement.*

No 1. EXISTENCE D'UNE DETTE.

476. L'article 1235 dit que tout payement suppose une dette. Par ce terme *payement*, dit le rapporteur du Tribunat, on n'entend communément que la manière dont ceux qui doivent une somme d'argent s'acquittent en donnant de l'argent. Dans le langage du droit, le mot *payement* a un sens beaucoup plus large, on l'applique à toute obligation qui consiste à donner ou à faire quelque chose: le débiteur paye en donnant ou en faisant ce qu'il a promis de donner ou de faire. Le vendeur qui livre un immeuble fait un payement, de même que l'architecte qui bâtit une maison (2).

477. Puisque le payement est l'exécution de l'obligation contractée par le débiteur, il va de soi que tout payement suppose une dette. On ne peut pas exécuter une obligation qui n'existe point, ou qui du moins n'existe

(1) Gand, 12 juin 1840 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 143).
(2) Jaubert, Rapport, no 3 (Locré, t. VI, p. 205).

pas à charge de celui qui paye. Quelle est la conséquence du payement fait par celui qui ne devait point? L'article 1235 répond : « Ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition. » Nous traiterons du payement indû au titre des *Engagements qui se forment sans convention*, c'est là qu'est le siége de la matière, le payement indû étant rangé parmi les quasi-contrats.

Y a-t-il aussi lieu à répétition quand une obligation naturelle est volontairement acquittée? Nous avons répondu à la question (n° 26).

N° 2. PAR QUI LE PAYEMENT DOIT-IL OU PEUT-IL ÊTRE FAIT?

478. Que le payement doive se faire par le débiteur, il était inutile de le dire, aussi la loi ne le dit-elle point. Si les auteurs disent que le débiteur peut payer, c'est pour marquer que ce qui est une obligation pour le débiteur est aussi un droit : si le créancier refuse, sans motif légitime, de recevoir ce qui lui est dû, le débiteur peut l'y forcer, comme nous le dirons en traitant des offres de payement et de la consignation.

479. « Une obligation *peut* encore être acquittée par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution » (art. 1236). La loi dit qu'elle *peut* être acquittée; le codébiteur solidaire et la caution *doivent* aussi payer la dette : le codébiteur solidaire parce qu'il est considéré comme seul et unique débiteur; la caution, parce qu'elle s'est obligée à satisfaire à l'obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même (art. 2011). Si la loi dit que le coobligé et la caution *peuvent* payer, c'est pour marquer qu'ils ont le droit de prendre l'initiative et qu'ils ne sont pas obligés d'attendre qu'on les poursuive. Ils ont intérêt à prévenir des poursuites dont ils supporteraient les frais; ils sont encore intéressés à payer à un moment favorable, alors qu'ils peuvent utilement exercer le recours que la loi leur donne, au lieu d'attendre que ce recours devienne frustratoire par l'insolvabilité de ceux contre lesquels il doit être exercé. La loi permet à des tiers non intéressés de payer malgré le créancier; à plus forte

raison devait-elle accorder ce droit à ceux qui y ont un intérêt.

L'article 1236 ne parle pas du tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué à la dette ; il est vrai qu'il n'est pas personnellement obligé, mais le créancier hypothécaire ayant action contre lui, il devra payer indirectement en se laissant exproprier ou en délaissant; il n'a qu'un moyen de conserver l'immeuble, c'est de payer le créancier poursuivant. Dès lors il a aussi intérêt à prévenir les poursuites en payant. En ce sens, on doit le ranger parmi les tiers intéressés au payement.

Il y a une différence entre le payement fait par le débiteur et celui que font les tiers intéressés : le premier éteint définitivement la dette, à l'égard du débiteur aussi bien qu'à l'égard du créancier; tandis que le payement fait par les tiers intéressés n'éteint la dette qu'à l'égard du créancier; à l'égard des codébiteurs ou du débiteur principal, la dette subsiste en vertu de la subrogation que la loi accorde à ceux qui, étant tenus avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avaient intérêt à l'acquitter. Nous traiterons plus loin de la subrogation.

480. L'article 1236 ajoute que l'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, en ce sens qu'il ne pourrait être poursuivi par le créancier ni personnnellement ni hypothécairement. En droit, l'intérêt est la mesure de nos actions; voilà pourquoi on ne permet pas, à celui qui n'a aucun intérêt, d'agir en justice. Pourquoi permet-on à un tiers non intéressé de payer la dette? Jaubert pose la question dans son rapport au Tribunat : « Un autre que celui qui doit peut-il forcer le créancier à recevoir? » Le rapporteur répond : « D'une part, il semble que le créancier peut dire au tiers : De quoi vous mêlez-vous? Ce n'est pas avec vous que j'ai traité. De l'autre, ne peut-on pas dire au créancier : Quel est votre intérêt? n'est-ce pas de recevoir ce qui vous est dû? que vous importe que ce soit par les mains de votre débiteur ou par celles de tout autre (1)? » Il faut ajouter,

(1) Jaubert, Rapport, n° 6 (Locré, t. VI, p. 206).

pour compléter le principe qui sert de point de départ au code, que le payement est favorable; le débiteur aussi a intérêt à ce qu'un tiers paye ce qu'il doit. Le créancier n'ayant aucun intérêt à refuser le payement, le débiteur étant intéressé à ce qu'il se fasse, on comprend que la loi ait permis à toute personne de payer, quoiqu'elle n'y ait pas un intérêt juridique. Il est permis à toute personne, dit Larombière, par une sorte de mandat d'humanité et de fraternité, d'améliorer la position d'une autre personne (1). Tel est le principe. L'application n'est pas sans difficulté.

481. Quand la loi dit que l'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, elle n'entend pas parler de celui qui paye en vertu d'un mandat; le mandataire n'est pas un tiers, c'est le mandant qui agit par son intermédiaire, c'est donc, en réalité, le débiteur qui paye. Quand le débiteur n'a pas donné mandat de payer, le tiers qui se présente chez le créancier pour payer peut le faire au nom du débiteur et en son acquit. C'est le premier cas supposé par l'article 1236. Celui qui paye au nom du débiteur et en son acquit est un gérant d'affaires, en ce sens qu'il agit dans l'intérêt du débiteur pour le libérer et pour lui rendre un service. S'il le fait dans une intention de libéralité, il n'y a plus de gestion d'affaires, il y a donation; nous dirons plus loin à quelle condition la libéralité est valable. La différence est grande entre la donation et la gestion d'affaires; le donateur n'a aucun recours contre le donataire, tandis que la gestion d'affaires implique une action en faveur de celui qui a utilement géré l'affaire du maître, action analogue à celle qui naît du mandat. Quand le tiers paye comme gérant d'affaires, on reste dans le droit commun; la loi consacre la gestion d'affaires, c'est un des quasi-contrats dont nous traiterons au titre qui est le siége de la matière.

482. Supposons maintenant qu'il n'y a ni mandat ni

(1) Larombière, tome III, page 66, nº 3 de l'article 1236 (Ed. B., tome II, p. 144).

gestion d'affaires. Il se peut qu'un payement soit fait au nom du débiteur, sans qu'il y ait gestion d'affaires. Si l'une des conditions requises pour qu'il y ait gestion d'affaires fait défaut, le créancier ne peut pas s'en prévaloir pour refuser le payement; il n'a pas le droit de s'enquérir en quelle qualité le tiers se présente; dès qu'on lui offre ce qui lui est dû, il doit le recevoir. Cela n'est-il pas trop absolu? Il y a une première restriction que la doctrine et la jurisprudence admettent; le créancier peut refuser le payement s'il a un intérêt légitime à ne pas l'accepter. En théorie, cela n'est pas douteux. Sur quoi se fonde la disposition de l'article 1236, qui permet à un tiers de payer, même malgré le créancier? En ce qui concerne le créancier, on dit qu'il n'a aucun intérêt à refuser. Donc s'il y a un intérêt, il doit avoir le droit de refuser le payement qu'on lui offre. Si la loi ne le dit pas, c'est qu'il est rare que le créancier ait un intérêt à refuser ce qui lui est dû et que tout créancier est heureux de recevoir; dès qu'il a un intérêt à refuser, le motif pour lequel la loi permet au tiers de payer tombe, et c'est le cas de dire que, le motif cessant, l'effet doit cesser.

La jurisprudence est en ce sens. Il y a un cas dans lequel le créancier a plus qu'intérêt à refuser, il en a le droit. Si le tiers veut payer, il doit payer comme le débiteur aurait dû le faire; donc il faut qu'il remplisse toutes les conditions requises pour que le payement soit valable s'il avait été fait par le débiteur. Une de ces conditions est que le débiteur doit payer la chose due; si c'est une somme d'argent, il faut qu'il la paye en espèces métalliques; il ne serait pas admis à offrir des billets de banque ou des valeurs quelconques, à moins qu'elles n'eussent un cours légal. Il a été jugé, par application de ce principe, que le créancier pouvait refuser un mandat sur une caisse communale qu'on lui offrait en payement d'une rente viagère ; en effet, les mandats ne constituent qu'un titre pour recevoir un payement; le crédirentier est obligé à faire des justifications spéciales en produisant des certificats de vie, il est soumis aux éventualités qui résultent des règles administratives applicables aux dettes des com-

munes (1). Certes un pareil mode d'acquitter la dette n'équivaut pas à une remise d'espèces.

Quand même le tiers offrirait au créancier la chose qui lui est due, le créancier pourrait refuser s'il y avait un intérêt légitime. Un individu est condamné par défaut à une reconnaissance et aux dépens; la poursuite, à raison de ces dépens, est le seul moyen d'empêcher la péremption du jugement; si, dans ce cas, un tiers offre le payement des dépens, le créancier a le droit de le refuser; il peut même s'opposer à ce que son avoué, au profit duquel distraction a été ordonnée, le reçoive (2).

483. On demande si le créancier peut refuser le payement par la raison que le débiteur n'a pas intérêt à payer. Pothier admettait cette restriction, et elle paraît fondée sur le motif que l'on donne pour justifier le payement fait par un tiers non intéressé. Il rend service au débiteur, dit-on (n° 479). Cela est très-équitable lorsque le débiteur est intéressé à ce que la dette soit éteinte pour arrêter les poursuites que le créancier aurait commencées, ou pour faire cesser le cours des intérêts, ou pour éteindre les hypothèques. Mais si le payement ne procurait aucun avantage au débiteur et n'avait d'autre effet que de le faire changer de créancier, ces offres ne devraient pas être écoutées. C'était la doctrine de Dumoulin. Elle a été reproduite par Toullier, qui ajoute une mauvaise raison. Un pareil payement, dit-il, serait un transport de créance, et le créancier ne peut être forcé de vendre la sienne. Non, le payement fait par un tiers n'emporte pas cession de la créance, pas même subrogation, puisqu'on suppose que le créancier refuse les offres qu'on lui fait; tout ce qui en résulte, c'est que le tiers a un recours contre le débiteur ; nous dirons plus loin quelle action lui appartient. Pour le moment, il s'agit de savoir si le créancier peut se prévaloir de ce que le débiteur est sans intérêt. Le code ne donne pas ce droit au créancier et il ne résulte pas des principes. Que le débiteur fasse valoir

(1) Lyon, 2 juin 1854 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1661).
(2) Paris, 13 mai 1814 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1658).

cette considération pour s'opposer au payement, cela se conçoit; mais le créancier ne peut invoquer l'intérêt du débiteur; il faudrait un texte pour lui donner ce droit, et de texte, il n'y en a pas. Les auteurs du code ont suivi pas à pas Pothier, et ils n'ont pas jugé convenable de reproduire une restriction qui aurait donné lieu à des contestations et à des difficultés de fait; comment savoir si le débiteur a ou n'a pas d'intérêt à ce que la dette soit payée? Le législateur suppose à tort ou à raison qu'il y est toujours intéressé. Si la décision n'est pas tout à fait juridique, elle est du moins d'une application plus facile. Cette considération aura été décisive aux yeux des auteurs du code qui tiennent à l'utilité pratique avant tout (1). Il y a un arrêt en ce sens (2).

484. Le tiers peut-il aussi payer en son nom? Ici se présente dans toute sa force l'objection que l'on fait contre la théorie du payement fait par un tiers. C'est la faveur de la libération qui est, en définitive, le seul argument sérieux que l'on fasse valoir. Or, peut-on dire que le tiers agit dans l'intérêt du débiteur, alors qu'il ne paye pas même au nom de celui-ci? N'est-ce pas marquer clairement qu'il entend faire sa propre affaire et non celle du débiteur? Pothier décidait que le tiers ne pouvait pas forcer le créancier à recevoir un payement qu'il lui offrait en son nom; le créancier peut lui répondre : Je ne vous connais point. Le code n'a pas admis cette doctrine; il reconnaît formellement au tiers le droit de payer en son nom, en y ajoutant seulement cette restriction que le tiers ne soit pas subrogé aux droits du créancier. Nous reviendrons sur cette réserve. Quant au droit même que la loi accorde au tiers, on ne peut l'expliquer que par la faveur extrême que le législateur montre pour la libération du débiteur. D'ordinaire, dit-on, le payement lui sera avantageux; il y gagnera au moins du temps, car on ne

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 500. Toullier, t. IV, 1, p. 11, n° 11. En sens contraire, Colmet de Santerre, t. V, p. 312, n° 175 *bis* V. Demolombe, t XXVII, p. 53, n° 57.

(2) Rejet de la cour de cassation de Belgique, 12 janvier 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 1, 31).

peut pas supposer que le nouveau créancier réclamera immédiatement le remboursement de ses avances; en outre, l'action du nouveau créancier sera souvent moins rigoureuse que l'ancienne, parce qu'il n'aura pas acquis les garanties réelles qui assuraient la créance primitive. On peut répondre que ces avantages sont des suppositions et demander pourquoi le législateur n'a pas exigé la preuve que le payement est profitable au débiteur. Nous venons de répondre à la question (n° 483); au point de vue de la rigueur des principes, la théorie du code laisse à désirer (1).

485. Les probabilités que l'on fait valoir pour justifier la faculté illimitée que le code donne aux tiers non intéressés de payer la dette, s'évanouissent quand le débiteur s'oppose à ce que le tiers paye pour lui; le tiers aura-t-il néanmoins le droit de payer? Pothier allait jusque-là en s'appuyant sur la tradition. Les auteurs modernes sont partagés. Dans le silence du code, faut-il s'en tenir à la tradition et suivre l'opinion de Pothier? Nous ne savons pas si l'intention des auteurs du code a été de consacrer cette opinion; le silence de la loi ne prouve rien, on peut l'invoquer pour et contre. Il faut donc interroger les motifs de la doctrine traditionnelle. Or, ce que Pothier dit nous paraît très-inconséquent. Il pose en principe que le créancier n'est pas obligé de recevoir un payement qui ne serait pas profitable au débiteur; or, qui est le meilleur juge de cet intérêt? N'est-ce pas le débiteur lui-même? La conséquence logique de cette opinion semble donc être de ne pas permettre au tiers de payer quand le débiteur s'y oppose. Conçoit-on que l'on dise que le tiers ne peut agir que dans l'intérêt du débiteur et qu'il peut payer néanmoins malgré le débiteur? Nous croyons que lorsque le débiteur s'oppose à ce que le tiers paye pour lui, il n'y a plus de motif juridique qui justifie l'intervention du tiers. Est-ce une libéralité qu'il veut faire au débiteur malgré lui? Cela ne se peut, car toute libéralité est une convention et exige le concours

(1) Pothier, n° 499. Colmet de Santerre, t. V, p. 312, n° 175 *bis* V.

de consentement du donataire. Est-ce un acte à titre onéreux? Il aboutirait à donner, au tiers qui paye, une action contre le débiteur. Si le débiteur ne veut pas de ce prétendu service que l'on s'obstine à lui rendre, de quel droit le tiers agirait-il pour le débiteur, malgré lui?

Il y a une opinion qui distingue. Si le débiteur s'oppose à ce que le tiers paye pour lui et si le créancier refuse de recevoir le payement, l'on admet que le tiers ne peut pas contraindre le créancier à recevoir ce qui lui est dû. Mais si, malgré l'opposition du débiteur, le créancier consent à accepter les offres du tiers, on décide que le tiers aura le droit de payer. La distinction est peu juridique. Il y a dans tout payement un concours de volontés : il ne suffit pas de la volonté du créancier, il faut aussi la volonté du débiteur; or, celui-ci, loin de vouloir que le tiers paye pour lui, s'y oppose. Dès lors l'intervention du tiers ne se conçoit plus; le seul motif juridique qui la légitime, c'est l'intérêt du débiteur et ce motif tombe par l'opposition du débiteur. Il n'y a qu'un moyen juridique de briser la résistance du débiteur : si le créancier et le tiers sont d'accord, l'un pour recevoir ce qui lui est dû, l'autre pour payer malgré le débiteur, qu'ils fassent une cession (1)!

L'intérêt pratique de ce débat est presque nul. On ne rencontre guère de tiers qui s'obstinent à payer pour le débiteur, alors que celui-ci s'y oppose. Si l'on admet avec Pothier qu'ils en ont le droit, il s'élève une nouvelle difficulté, celle de savoir s'ils ont un recours contre le débiteur; nous y reviendrons.

486. Quand on dit que le tiers peut payer, fût-ce malgré le créancier et malgré le débiteur, cela veut dire que si le créancier refuse ce que le tiers lui offre, on peut lui faire des offres réelles suivies de consignation. Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (2). Il nous

(1) Voyez, en sens divers, Toullier, t. IV, 1, p. 11, n° 10; Duranton, t. XII, p. 29, n° 18. Colmet de Santerre, t. V, p. 315, n° 175 *bis* X. Demolombe, t. XXVII, p. 55, n°s 58 et 59. Aubry et Rau se bornent à poser la question, t. IV, p. 148, note 1, § 316.

(2) Liége, 26 décembre 1863 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 249). Paris, 11 août 1806 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1656).

semble que la conséquence témoigne contre le principe d'où elle dérive. Pourquoi le législateur permet-il au débiteur de briser la résistance du créancier en lui faisant des offres réelles? Parce que le débiteur peut avoir intérêt à payer, intérêt légitime, puisqu'il se confond avec son droit, tandis que le créancier refuse par caprice ou mauvais vouloir. Lors donc qu'un tiers non intéressé fait des offres, on doit supposer que le débiteur a un intérêt au payement, ce qui implique qu'il y consent. Or, dans la théorie du code, on n'exige pas que le tiers prouve qu'il paye dans l'intérêt du débiteur, et la doctrine l'autorise à payer, alors même que le débiteur s'y opposerait. On aboutit donc à cette conséquence absurde que les offres réelles qui ne se justifient que par l'intérêt du débiteur se feront malgré le débiteur, donc sans intérêt aucun, c'est-à-dire sans droit.

487. L'article 1236 ne met qu'une restriction au droit qu'il accorde à tout tiers de payer la dette, c'est « qu'il ne soit pas subrogé aux droits du créancier. » Cette rédaction est mauvaise; prise à la lettre, la disposition signifie que le tiers qui fait un payement ne peut être subrogé; or, l'article 1250 dit le contraire. Il faut donc que l'article 1236 ait un autre sens; mais qu'est-ce que le législateur a voulu dire? A cette question nous avons deux réponses, données, l'une par l'orateur du gouvernement, l'autre par le rapporteur du Tribunat. Nous préférons l'explication de Jaubert, parce que c'est la plus simple et la plus naturelle. Un tiers se présente pour acquitter la dette du débiteur : en a-t-il le droit, en ce sens qu'il puisse forcer le créancier à recevoir ce qui lui est dû? Telle est la difficulté que l'article 1236 a pour objet de résoudre, et c'est aussi la question à laquelle Jaubert répond en ces termes : « Quoique le tiers qui offre le payement n'ait pas un intérêt direct et civil à l'acquittement de l'obligation, le créancier ne pourra refuser de recevoir, puisque en dernière analyse le créancier n'a d'autre intérêt que d'être payé; mais, dans ce cas, le tiers ne peut forcer le créancier à le mettre à son lieu et place pour les priviléges, les hypothèques et la contrainte par corps. La loi ne veut

pas avec raison que, contre le gré du créancier, un tiers vienne s'interposer pour acquérir le droit de vexer le débiteur; le tiers qui paye n'acquiert alors qu'une action simple contre le débiteur qui est entièrement libéré de l'obligation primitive (1). »

Ainsi la loi veut dire que le tiers peut contraindre le créancier à recevoir, mais qu'il ne peut pas le contraindre à lui consentir la subrogation. Cela est si évident qu'il ne valait pas la peine de le dire. En effet, la subrogation est ou conventionnelle ou légale; il ne peut être question, dans l'espèce, que de la subrogation conventionnelle qui se fait quand le créancier subroge le tiers qui le paye dans ses droits contre le débiteur; or, le créancier doit consentir et même d'une manière expresse; comment donc pourrait-il être question d'une subrogation que le tiers contraindrait le créancier à lui accorder? Cela n'a pas de sens; le tiers peut bien payer, mais on ne conçoit pas qu'il exproprie le créancier de ses droits pour se mettre à sa place (2).

C'est précisément parce que l'article 1236 ainsi interprété est inutile, que l'on a cherché une autre interprétation, et Bigot-Préameneu la fournit : « L'obligation peut être acquittée par un tiers qui n'y a aucun intérêt lorsqu'il agit au nom et en l'acquit du débiteur. Si, agissant en son nom propre, il se fait subroger aux droits du créancier, ce n'est plus un payement, c'est un transport de l'obligation. » Le législateur aurait donc voulu marquer la différence entre la cession et la subrogation; cela est peu probable, car tel n'est pas l'objet de l'article 1236, et le mot de cession ne s'y trouve pas. De plus, Bigot-Préameneu fait dire au législateur ce qu'il ne pouvait pas dire; il n'est pas exact que le payement fait avec subrogation soit un transport de l'obligation, c'est toujours un payement et non une cession, comme nous le dirons plus loin (3).

(1) Jaubert, Rapport, n° 6 (Locré, t. VI, p. 206).

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 314, nos 175 *bis* VII et VIII, suivi par Demolombe, t. XXVII, p. 58, nos 62-65.

(3) Duranton, Marcadé, Larombière adoptent cette explication (Aubry et Rau, t. IV, p. 149, note 6, § 316).

En définitive, toutes les explications laissent subsister l'inexactitude de rédaction, et la disposition est inutile dans la seconde aussi bien que dans la première. Il ne fallait pas parler, dans l'article 1236, de subrogation ni de cession, parce que le seul objet de cet article est de décider qu'un tiers peut payer. Quant à la subrogation et à la cession, le siége de cette matière est à l'article 1250, c'est là que nous retrouverons les difficiles questions auxquelles certes le législateur n'a point songé en écrivant l'article 1236.

488. Quel est l'effet du payement fait par un tiers? Puisque le tiers a le droit de payer, même malgré le créancier, il faut dire que le payement qu'il fait éteint la dette, comme si le débiteur payait lui-même. A l'égard du créancier, cela ne fait pas de doute. Il n'en est pas de même en ce qui concerne le débiteur. Ici il faut distinguer si c'est un tiers intéressé ou un tiers non intéressé qui fait le payement. Quand le tiers est intéressé au payement, en ce sens qu'il soit tenu avec le débiteur, il est subrogé aux droits du créancier en vertu de la loi; il en est de même dans les autres cas de subrogation légale. S'il n'est pas subrogé par la loi, il peut encore obtenir la subrogation par convention, conformément à l'art. 1250. Quand il n'est subrogé ni par la loi ni par une convention, la créance que le tiers a payée est éteinte à l'égard du débiteur comme à l'égard du créancier. Mais le fait du payement par un tiers engendre une nouvelle obligation: quelle est l'action que le tiers a contre le débiteur?

Si le tiers a agi comme mandataire, il a l'action née du mandat; c'est au titre consacré à ce contrat que nous dirons quels sont les droits du mandataire contre le mandant. Si le tiers a agi au nom du débiteur, mais sans mandat, il y a gestion d'affaires, bien entendu si les conditions requises pour l'existence de ce quasi-contrat sont remplies. La condition essentielle est que le payement ait été fait par le tiers comme le débiteur lui-même l'aurait fait. Dans ce cas, le tiers a l'action de gestion d'affaires, laquelle est identique avec l'action du mandat. Sur ce point, nous devons constater une inexactitude qui se

trouve dans un arrêt de la cour de cassation. Un tiers liquide, sans mandat, une société dissoute; il paye de ses deniers les dettes sociales. Il va sans dire qu'il n'était pas subrogé à l'action solidaire des créanciers qu'il avait désintéressés ; il ne pouvait avoir que l'action de gestion d'affaires. Quelle est l'étendue de cette action? Le gérant peut-il réclamer, comme le mandataire, toutes ses avances? La cour de cassation répond que l'action de gestion d'affaires, fondée, non plus sur les principes ordinaires des contrats, mais uniquement sur cette règle d'équité naturelle que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, tombe nécessairement sous l'appréciation des juges du fait, qui doivent rechercher l'utilité que celui dont l'affaire a été gérée a pu retirer de cette gestion et *mesurer à cette utilité l'indemnité réclamée contre lui* (1). Cela est trop absolu; la cour confond l'action *negotiorum gestorum* avec l'action qu'à l'école on appelle *de in rem verso*. Quand il y a gestion d'affaires, le juge n'a pas le pouvoir discrétionnaire que lui reconnaît la cour de cassation de décider d'après l'équité ; le quasi-contrat de gestion d'affaires est réglé par la loi, aussi bien que le contrat de mandat; comme nous le dirons au titre des *Quasi-contrats*, le gérant a contre le maître les mêmes droits que le mandataire a contre le mandant (art. 1375). Il en est autrement quand le fait du tiers n'est pas une gestion d'affaires ; tel serait le payement qu'un tiers aurait fait malgré le débiteur; dans ce cas, il n'aurait pas l'action *negotiorum gestorum*, il n'aurait que l'action fondée sur l'équité dont parle la cour de cassation, action que le juge limite à l'utilité que le maître a retirée de la gestion.

489. Nous venons de supposer que le tiers qui paye malgré le débiteur a néanmoins une action contre lui limitée à l'avantage que le payement a procuré au débiteur. La question est très-controversée. Si l'on admet, comme nous l'avons enseigné, que le tiers n'a point le droit de payer malgré le débiteur, il est difficile de lui accorder une action contre le débiteur, car celui-ci en s'y

(1) Rejet, chambre civile, 8 janvier 1862 (Dalloz, 1863, 1, 75).

opposant a précisément voulu empêcher que le tiers n'acquît un droit contre lui.

Toullier dit que le tiers qui paye malgré le débiteur et contre sa défense n'a aucune action pour répéter ce qu'il a payé, parce que l'obligation qui résulte du quasi-contrat est fondée sur le consentement tacite ou présumé du débiteur. Cela est vrai de l'action de gestion d'affaires; cela ne s'applique pas à l'action *de in rem verso* qui est entièrement réglée par l'équité naturelle. Toullier ajoute que celui qui paye contre le gré du débiteur est censé vouloir le gratifier; il oublie qu'il n'y a pas de libéralité sans le consentement du donataire (1).

Duranton hésite, il n'ose pas se décider et s'en rapporte aux juges. C'est ne rien décider, car c'est dire que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire en cette matière. Et sur quoi ce pouvoir serait-il fondé? Après tout, les tribunaux ont besoin d'un principe aussi bien que les auteurs; c'est donc ne rien dire que de renvoyer les questions au juge (2).

Colmet de Santerre dit très-bien que l'on ne peut supposer que le tiers ait voulu faire une libéralité, les donations ne se présumant pas et ne pouvant pas s'accomplir sans la volonté du donataire. D'après lui, le recours du tiers, fondé sur l'équité, doit être borné à ce dont le débiteur a profité. Demolombe semble dire que c'est une action de gestion d'affaires (3).

Nous citons ces opinions diverses et contradictoires parce qu'elles viennent à l'appui de ce que nous avons dit du droit que l'on reconnaît au tiers de payer malgré le débiteur. S'il avait un droit, il devrait avoir une action; et si les auteurs hésitent tant sur l'action qui lui appartient, cela prouve que le droit même est très-contestable.

490. Il y a encore une difficulté dans une matière qui paraît si simple. Le tiers peut payer dans un esprit de

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 11, n° 12.
(2) Duranton, t. XII, p. 29, n° 19.
(3) Colmet de Santerre, t. V, p. 316, n° 175 *bis* XI. Demolombe, t. XXVII, p. 75, n° 80. Comparez Mourlon, qui a encore une opinion différente, t. II, p. 595.

libéralité. A-t-il dans ce cas une action? Le donateur n'a jamais d'action, sauf quand la donation est faite avec charge. Reste à savoir s'il y a donation. D'après l'article 896, on ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que par donation entre-vifs ou par testament, dans les formes que la loi prescrit. Or, la donation est un contrat pour l'existence duquel il faut le consentement du donataire. Si le débiteur accepte la libéralité que le tiers lui fait, la donation sera valable. Sera-t-elle aussi valable en la forme? Nous avons examiné la question au titre des *Donations*. En supposant que la libéralité soit valable, tout est décidé, le tiers n'a aucune action contre le débiteur. Mais si le débiteur refuse d'accepter la libéralité que le tiers veut lui faire, il n'y aura pas de donation, ce sera un payement, et l'on rentre dans l'hypothèse que nous venons d'examiner (1).

491. Un tiers paye la dette, aucun écrit n'est dressé; on ne sait à quel titre, sous quelles conditions il a fait le payement. Est-ce un simple acte de libération? est-ce un payement fait avec subrogation? est-ce une cession de créance? Que faut-il décider? C'est une question de fait, dit la cour de cassation, que les juges décideront souverainement d'après les circonstances de la cause. Dans l'espèce qui s'est présentée devant la cour, il a été jugé que le payement avait eu lieu à titre de transport; mais comme il n'y avait aucun écrit, aucune signification, le créancier primitif était resté propriétaire apparent de la créance. La cour en a conclu qu'il avait pu, sans fraude et sans préjudice pour personne, se présenter à l'ordre ouvert pour la distribution du prix de l'immeuble hypothéqué à la créance. En effet, le cessionnaire, n'étant pas régulièrement saisi à l'égard des tiers, ne pouvait pas se présenter à l'ordre; le seul qui avait qualité c'était le cédant qui, à l'égard des tiers, était toujours le créancier (2).

La cour d'appel ne dit pas sur quoi elle s'est fondée pour décider qu'il y avait cession plutôt que subrogation,

(1) Comparez Mourlon, t. II, p. 596. Cour de cassation de Belgique, Rejet, 6 mai 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 1, 336).
(2) Rejet, chambre civile, 22 février 1858 (Dalloz, 1858, 1, 116).

ou payement pur et simple. Dans une autre espèce, il a été jugé qu'il y avait simple payement. La cour dit que ni la subrogation ni la cession ne se présument; l'article 1250 veut que la subrogation consentie par le créancier soit *expresse*. On en doit dire autant de la cession, c'est une vente, et aucun contrat ne se présume. Reste le payement; l'arrêt dit que la loi présume que le payement est extinctif de la créance. A vrai dire, il n'y a aucune présomption, car il ne peut y avoir de présomption légale sans loi. S'il est constant qu'il y a eu un payement, ce payement produira son effet ordinaire, celui d'éteindre la dette, sauf à la partie intéressée à prouver qu'il y a soit subrogation, soit cession (1).

492. Le principe que tout tiers peut payer reçoit une exception. Aux termes de l'article 1237, « l'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt à ce qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même. » Il résulte de là une différence entre l'obligation de faire et l'obligation de donner. Pothier dit que le principe que le payement peut être fait pour le débiteur, par quelque personne que ce est, n'est vrai qu'à l'égard des obligations qui ont pour objet de donner quelque chose, et il en donne la raison: il n'importe jamais au créancier par qui la chose due lui soit donnée, pourvu qu'elle lui soit effectivement donnée. Est-ce à dire que l'obligation de faire doive toujours être remplie par le débiteur et qu'un tiers ne puisse jamais prester le fait à sa place? L'article 1237 ne dit pas cela, il implique, au contraire, une distinction. La règle générale s'applique lorsqu'il est indifférent au créancier par qui le fait est presté, pourvu que la chose soit faite. Par exemple, dit Pothier, si j'ai fait marché avec un vigneron pour me façonner un arpent de vignes, tout autre vigneron pourra acquitter mon débiteur en le façonnant pour lui. Il n'en est pas de même quand il s'agit de faits dans lesquels on considère le talent et l'habileté de l'ouvrier qui a contracté l'obligation : le débiteur seul pourra l'ac-

(1) Rouen, 20 juillet 1871 (Dalloz. 1873, 1, 367).

quitter. Nous croyons inutile de donner des exemples(1).

Ces principes s'appliquent à tout tiers : au tiers intéressé aussi bien qu'au tiers étranger à la dette. La caution ne pourrait pas s'offrir à faire ce que le débiteur principal s'est obligé à faire, car c'est la capacité du débiteur principal que le créancier a prise en considération. Tous les auteurs le disent (2); et la chose est si évidente, qu'il ne vaut presque pas la peine de le dire.

N° 3. CAPACITÉ DU DÉBITEUR.

493. L'article 1238 dit que « pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement, et capable de l'aliéner. » Cette disposition a été vivement critiquée ; Toullier dit qu'elle a été empruntée au droit romain sans que les auteurs du code eussent réfléchi qu'eux-mêmes avaient dérogé au droit traditionnel. Dans l'ancien droit, la propriété ne se transférait que par la tradition, c'est-à-dire par le payement ; c'est donc lors de la tradition que le débiteur était obligé de transmettre la propriété au créancier, et pour la transmettre il devait naturellement être propriétaire et capable d'aliéner. Toullier conclut que c'est à la précipitation avec laquelle le projet de code fut rédigé qu'il faut attribuer une disposition qui est dans une contradiction frappante avec l'esprit du code. Marcadé, qui aime à critiquer, a encore renchéri sur ce blâme : il accuse les auteurs du code d'être de mauvais copistes ; ils ont copié l'article 1238 dans Pothier sans discernement, sans réflexion ; peut-on dire que le dépositaire qui rend la chose déposée et qui, en restituant, fait un payement, doit être propriétaire de la chose et capable de l'aliéner? Non, certes ; mais aussi on ferait bien de supposer aux auteurs du code un peu de bon sens et un peu d'intelligence aux lecteurs ; alors on ne fera pas la leçon au législateur pour avoir dit ce qu'il ne songeait pas à dire (3).

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 500.
(2) Duranton, t. XII, p. 33, n° 21. Colmet de Santerre, t. V, p. 318, n° 176 *bis* II.
(3) Toullier, t. IV, 1, p. 7, n° 6. Marcadé, t. IV, p. 523, art. 1238, n° I.

Ce n'est pas que nous entendions justifier en tout l'article 1238 comme on a essayé de le faire, un peu, nous le supposons, par réaction contre les critiqueurs à outrance (1). Le débiteur qui paye doit-il être propriétaire de la chose qu'il donne en payement? Oui, quand le payement a pour objet de transférer la propriété. C'est ce que disait Pothier. Lorsque l'obligation est de *donner* quelque chose, le payement est la translation de la propriété d'une chose. Si c'est une obligation de donner que le débiteur paye, il faut que le débiteur soit propriétaire et capable d'aliéner au moment où le payement se fait; car c'est à ce moment que, dans l'ancien droit, la propriété se transmettait. Cela n'est-il plus vrai dans le droit moderne? Non, quand la propriété se trouve déjà transmise par le contrat; ce qui arrive lorsque le contrat a pour objet une chose certaine et déterminée. Oui, quand la propriété n'est pas transmise par le contrat; ce qui n'est pas, comme on paraît le croire, une rare exception, mais on peut hardiment affirmer que c'est le cas le plus fréquent. A la vérité, s'il s'agit d'une vente, on peut dire que régulièrement elle a pour objet un corps certain et que, par conséquent, la propriété est déjà transférée à l'acheteur au moment où se fait la délivrance, c'est-à-dire le payement; et certes, dans cette hypothèse, il serait absurde d'exiger que le vendeur fût encore propriétaire et capable d'aliéner la chose. Mais ce n'est pas à la vente que les auteurs du code ont pensé en formulant l'article 1238, c'est au payement en général. Et quel est le cas ordinaire du payement? n'est-ce pas celui où l'on paye une somme d'argent? et le payement n'a-t-il pas alors pour objet de transférer la propriété des deniers au créancier? et pour transférer la propriété ne faut-il pas être propriétaire et capable d'aliéner? C'est en ce sens que l'orateur du gouvernement dit que le payement est un transport de propriété. Cela est vrai avec une réserve qui est si évidente, qu'il ne valait pas la peine de la faire : c'est que le payement n'est pas un transfert de

(1) Mourlon, t. II, p. 596. Comparez Colmet de Santerre, t. V, p. 318-320. Demolombe, t. XXVII, p. 80, n° 86.

propriété, lorsque la propriété est déjà acquise au créancier et que le payement n'a plus pour objet de *donner*, mais de *délivrer*, ce qui est une obligation de *faire*. En un mot, aujourd'hui comme sous l'ancien droit, il faut être propriétaire pour payer et capable d'aliéner lorsque le payement a pour objet de *donner*, c'est-à-dire de transmettre la propriété de la chose. Reste à savoir quel sera l'effet du payement lorsque le débiteur n'est pas propriétaire ou lorsqu'il n'est pas capable d'aliéner.

I. *Du payement fait par un non-propriétaire.*

494. La loi ne dit pas en termes formels que le payement est nul lorsqu'il est fait par celui qui n'était pas propriétaire de la chose qu'il paye; toutefois, la nullité n'est pas douteuse, et tout le monde l'admet sans même discuter la question. Aux termes de l'article 1238, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement pour payer *valablement*. Donc le payement fait par celui qui n'est pas propriétaire n'est pas valable; c'est dire qu'il est nul. Le deuxième alinéa de l'article 1238 confirme cette interprétation : il admet que le payement peut être répété lorsque celui qui l'a fait n'était pas propriétaire de la chose qu'il a payée; or, le droit de répétition implique la nullité du payement, il en est la conséquence. Ainsi il résulte du texte même de la loi que le payement est nul.

Reste à savoir qui peut demander la nullité. Rappelons d'abord le principe qui régit les nullités (1). Quand la nullité est d'ordre public, toute partie intéressée peut s'en prévaloir; lorsqu'elle est d'intérêt privé, il n'y a que la partie dans l'intérêt de laquelle elle est établie qui puisse l'invoquer. Dans l'espèce, l'ordre public est hors de cause; il faudrait donc décider que la nullité du payement ne peut être demandée que par celle des parties dans l'intérêt de laquelle la loi exige que, pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement. Nous allons voir que la loi déroge à ce principe.

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 107, n° 72.

1. DROIT DU CRÉANCIER.

495. Que le créancier puisse demander la nullité du payement, cela ne fait aucun doute (1). C'est l'application de notre principe. Dans l'intérêt de qui la loi exige-t-elle qu'il faut être propriétaire de la chose donnée en payement pour payer valablement? C'est bien dans l'intérêt du créancier; pour mieux dire, c'est son droit, comme c'est le droit de l'acheteur que la propriété lui soit transmise, sinon le but du payement n'est pas atteint. Le créancier doit avoir le droit de disposer de la chose comme sienne, il doit donc en être propriétaire; partant si celui qui paye lui livre une chose dont il n'est pas propriétaire, le payement est nul; le créancier en pourra demander la nullité, c'est-à-dire exiger que le débiteur lui paye une chose dont il a la propriété. Bien entendu que le créancier devra restituer la chose qu'il a reçue en payement.

496. Le créancier peut-il demander la nullité du payement, lorsque l'action en revendication du propriétaire est prescrite? Elle est prescrite quand le créancier a usucapé la chose qu'il a reçue, ce qui se fait, quand il s'agit d'un immeuble, par la possession de dix ou vingt ans, si le possesseur est de bonne foi; en fait de meubles, la possession instantanée suffit, en vertu du principe qu'en fait de meubles, la possession vaut titre (art. 2279). Si l'usucapion empêche le créancier de demander la nullité du payement, la conséquence sera très-grave : la plupart des choses données en payement sont des choses mobilières corporelles; le créancier en devient propriétaire dès l'instant où il en a acquis la possession, le payement d'une chose dont le débiteur n'est pas propriétaire serait donc le plus souvent validé par l'usucapion.

La question est controversée. Au premier abord, on est tenté de croire qu'il n'y a pas de question. Il n'y a pas d'action sans intérêt. Pourquoi le créancier peut-il demander la nullité du payement quand le débiteur n'est pas

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 321, n° 177 *bis* V et tous les auteurs.

propriétaire de la chose payée? Parce qu'il n'en peut pas disposer en maître; or, il en peut disposer en maître quand l'usucapion rend l'éviction impossible; il est propriétaire en ce sens que le véritable propriétaire ne peut plus l'évincer; il faut même dire plus : d'après l'article 2219, il a acquis la propriété de la chose; dès lors le but du payement n'est-il pas atteint? et de quoi se plaindrait le créancier? De ce que le débiteur n'était pas propriétaire? Eh qu'importe, pourvu que le créancier le devienne? Le vice est purgé, dit-on, le payement est validé. Toutefois ceux qui soutiennent cette opinion ne s'expriment pas tous avec ce ton de certitude. Duranton y met des *peut-être* et des *probablement*; il n'est pas bien sûr que son opinion serait admise par les tribunaux (1). Quel est donc le motif qui le fait hésiter? Il y a une raison de douter qui, à notre avis, est péremptoire. Le créancier demande la nullité du payement en se fondant sur l'article 1238, qui déclare le payement nul quand le débiteur n'était pas propriétaire de la chose payée. On lui oppose qu'il est devenu propriétaire par l'usucapion; il répondra que lui seul peut se prévaloir de l'usucapion. La prescription soulève un scrupule de conscience; le créancier reçoit en payement une chose qui n'appartient pas au débiteur, il peut lui répugner de la garder, quoiqu'il soit à l'abri de l'éviction. La loi respecte ce scrupule, elle ne permet pas au juge de suppléer d'office le moyen résultant de la prescription (art. 2223), tandis qu'elle permet de renoncer à la prescription acquise. C'est donc au créancier seul à voir s'il veut ou non se prévaloir de l'usucapion. On pourrait objecter l'article 2225, aux termes duquel toutes personnes ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise peuvent l'opposer; nous expliquerons cette disposition au titre qui est le siége de la matière; le débiteur ne peut pas l'invoquer, ce serait l'autoriser à se prévaloir de la prescription, alors qu'il n'a pas rempli ses obligations, car, malgré la prescription, il est vrai de dire que ce n'est pas

(1) Duranton, t. XII, p. 46, n° 31. Larombière, t. III, p. 78, n° 5 de l'article 1238 (Ed. B., t. II, p. 149). Aubry et Rau, t. IV, p. 152, note 17, § 316.

lui qui a transféré la propriété au créancier; par conséquent, à son égard, le payement reste nul (1).

497. On suppose que la chose payée périt par cas fortuit : le créancier peut-il néanmoins demander la nullité du payement? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse, malgré le dissentiment de Duranton, dont l'opinion est restée isolée (2). La perte fortuite n'empêche pas que le débiteur n'ait pas rempli son obligation, ce qui est décisif. C'est donc le débiteur qui supporte les risques de la chose, bien qu'il n'en soit pas propriétaire. On voit combien est fausse, en matière d'obligations, la maxime que la chose périt pour celui à qui elle appartient. Si l'on appliquait cet adage à l'espèce, la chose devrait périr pour le propriétaire que le débiteur a dépouillé, ou pour le créancier à l'égard duquel le débiteur n'a pas rempli son obligation; ce qui blesse le sens moral autant que le droit, puisque le débiteur en faute profiterait de sa faute. Le débiteur n'a pas rempli son obligation, c'est donc lui qui doit supporter les risques.

498. Que faut-il décider si le créancier a consommé la chose? L'article 1238 dispose que le débiteur ne peut pas répéter la chose contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi. Il faut dire aussi que le créancier ne pourrait demander la nullité du payement s'il avait consommé la chose. La raison en est, dit Pothier, que la consommation que le créancier a faite de la chose équipolle à la translation de la propriété. Pourquoi le payement est-il nul quand le créancier n'acquiert pas la propriété de la chose? C'est qu'il n'en peut pas disposer en maître. Or, il en a disposé en maître, puisqu'il l'a consommée; la translation de propriété ne lui aurait rien donné de plus (3).

(1) Valette, d'après Mourlon, t. II, p. 597. Colmet de Santerre, t. V, p. 323-325. Demolombe, t. XXVII, p. 85, n° 95.

(2) Duranton, t. XII, p. 48, n° 32. En sens contraire, Colmet de Santerre, t. V, p. 325, n° 177 *bis* XIV, et tous les auteurs.

(3) Pothier, *Des obligations*, n° 497.

2. DROIT DU DÉBITEUR.

499. Le débiteur peut-il demander la nullité du payement? Cette question est douteuse, au moins en principe. Ecartons d'abord un argument que l'on oppose au débiteur et qui, à notre avis, n'est point fondé. Obligé de transférer la propriété, dit-on, il doit garantir le créancier contre toute éviction; donc il ne peut pas lui-même l'évincer. C'est l'application du vieil adage : Qui doit garantir ne peut pas évincer (1). Le principe n'est pas applicable à l'espèce. Celui qui est tenu de la garantie ne peut pas revendiquer la chose contre celui qu'il doit garantir contre l'éviction; en ce sens, il ne peut l'évincer. Mais le débiteur ne revendique point; comment revendiquerait-il puisqu'il n'est pas propriétaire? Il demande la nullité du payement qu'il a fait; la question est de savoir s'il en a le droit. On fait encore une autre objection. Le débiteur qui reprend l'objet donné en payement redevient débiteur, il cause donc au créancier un préjudice dont il doit réparation; or, il n'a pas le droit de causer un préjudice qu'il est obligé à réparer (2). Cela serait très-vrai si le débiteur et le créancier étaient seuls en cause, seuls intéressés à l'annulation ou au maintien du payement. On oublie le propriétaire qui a le droit de revendiquer contre le débiteur : le débiteur qui répète la chose contre le créancier ne le fait pas pour causer préjudice au créancier, il le fait pour se mettre à l'abri de l'action du propriétaire. A vrai dire, il ne cause aucun préjudice au créancier, car son action en répétition n'est admise qu'à condition de payer immédiatement une chose qui lui appartient, ou d'indemniser complétement le créancier.

Il y a une objection bien plus sérieuse et qui serait décisive si le texte de la loi ne fournissait une réponse. La nullité du payement fait par celui qui n'était pas propriétaire de la chose payée est d'intérêt privé; donc l'action

(1) Mourlon, t. II, p. 598. Larombière, t. III, p. 78, art. 1238, n° 5 (Ed. B., t. II, p. 149).
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 321, n° 177 *bis* VII.

en nullité ne devrait appartenir qu'au créancier, car c'est uniquement dans son intérêt que la loi déclare le payement nul, ce n'est certes pas dans l'intérêt du débiteur qui a manqué à son obligation. L'argument est péremptoire en théorie. L'article 1238 y répond : il porte que le payement ne peut être répété contre le créancier qui a consommé la chose de bonne foi ; ce qui implique que le débiteur peut répéter la chose quand le créancier l'a consommée de mauvaise foi, et à plus forte raison quand le créancier ne l'a pas consommée et qu'il la possède encore (1).

La loi déroge donc au principe qui régit les nullités. Pourquoi y déroge-t-elle? Il est assez difficile de répondre. On dit que c'est dans l'intérêt du débiteur qui sera exposé à un préjudice peut-être considérable par suite de l'action en dommages-intérêts du vrai propriétaire. Ce motif nous touche peu : le débiteur est en faute, qu'il en subisse les conséquences! Nous croyons que la loi a eu en vue l'intérêt du propriétaire qui a été dépouillé de sa chose, plutôt que l'intérêt du débiteur qui l'en a dépouillé. Il est rare que le propriétaire puisse revendiquer, on le repoussera presque toujours par la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre. Le propriétaire aura, il est vrai, une action en dommages-intérêts contre le débiteur, mais cette action sera illusoire si, comme cela arrivera souvent, le débiteur est insolvable ; et c'est parce qu'il est insolvable qu'il aura recours aux expédients que le droit et la morale condamnent, en payant avec des espèces qui ne lui appartiennent pas. Il n'y a qu'un moyen de sauvegarder les droits du propriétaire, c'est que le débiteur demande la nullité du payement et que le propriétaire agisse contre lui ; au besoin le propriétaire agira, au nom du débiteur, en vertu de l'article 1166.

500. La doctrine qui donne au débiteur une action en répétition fondée sur le texte de l'article 1238 soulève une nouvelle difficulté. Cet article suppose qu'il s'agit d'une chose consomptible, d'une somme d'argent, ou autre

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 321, nº 177 *bis* VII.

chose qui se consomme par l'usage. En faut-il conclure que le débiteur n'a le droit d'agir en nullité que s'il s'agit d'une chose consomptible? On en a tiré cette conséquence, nous la croyons fausse. Remarquons que l'article 1238 ne donne pas au débiteur l'action en nullité du payement, il suppose qu'il l'a, en ne l'admettant pas dans le cas où le créancier aurait consommé la chose de bonne foi. L'exception est limitée, mais c'est très-mal raisonner que d'en induire que le principe aussi est limité. Il y a une raison pour laquelle le payement est validé quand le créancier a consommé la chose de bonne foi; nous venons de le dire, d'après Pothier (n° 498). Cette même raison existe-t-elle pour ne donner au débiteur l'action en répétition que lorsqu'il s'agit de choses consomptibles? Non, certes. Le droit de répétition n'a rien de commun avec la nature de la chose payée; il se fonde, d'après les uns, sur l'intérêt du débiteur, d'après nous, sur l'intérêt du propriétaire; peu importe, c'est toujours un motif général, qui s'applique à tous les cas où le payement est fait par celui qui n'était pas propriétaire de la chose qu'il paye; donc, dans tous les cas, le débiteur doit avoir le droit d'agir en nullité.

On invoque une autre raison contre le débiteur lorsqu'il s'agit d'un payement qui a pour objet un corps certain : le débiteur, dit-on, ne peut pas l'enlever au créancier, car c'est cette chose que le créancier a stipulée, il y a droit; le débiteur ne peut la répéter, parce qu'il manquerait à son engagement s'il la répétait (1). L'argumentation nous paraît très-faible. Le créancier n'a pas plus le droit de stipuler une chose qui n'appartient pas au débiteur que le débiteur n'a le droit de la promettre; donc il ne peut pas invoquer son contrat, il est nul. Qu'importe que le créancier veuille avoir cette chose et non une autre? Celui qui achète la chose d'autrui l'achète aussi parce qu'il désire l'avoir, et il voudrait aussi la conserver : cela empêche-t-il le vendeur de demander la nullité de la vente? Il y a une autre réponse à faire à l'objection, c'est qu'elle

(1) Demolombe, t. XXVII, p. 91, n° 100 et p. 90, n° 98.

prouve trop. Si la répétition n'est pas admise lorsque la chose payée est certaine et déterminée, le débiteur ne pourra jamais agir; en effet, alors même que l'obligation a pour objet une chose indéterminée, cette chose devient déterminée par le payement; le débiteur l'offre, le créancier l'accepte; donc le créancier peut dire que c'est cette chose-là qu'il a voulue, et non une autre et, par suite, la répétition ne serait jamais admise. Laissons de côté la nature de la chose, elle est étrangère au débat.

501. L'article 1238 porte que le payement d'une somme en argent, ou autre chose qui se consomme par l'usage, ne peut plus être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, quoique le payement en ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire. Pothier nous en a dit la raison (n° 498); le créancier a usé de la chose comme il eût fait si la propriété lui en eût été transférée, donc la consommation équipolle à la translation de la propriété. La raison est décisive pour repousser l'action en nullité du créancier, elle ne l'est pas quand il s'agit de l'action en répétition du débiteur; il est vrai que le débiteur n'est pas intéressé à répéter, puisqu'il doit immédiatement rendre des choses de même quantité et qualité; mais le propriétaire y aurait intérêt si le débiteur était insolvable. Ce qui prouve que la consommation n'est pas un motif péremptoire, c'est que le débiteur peut répéter, quoique les choses payées aient été consommées, lorsqu'elles l'ont été de mauvaise foi. Le code a suivi la doctrine traditionnelle, d'après laquelle le propriétaire peut revendiquer les choses contre le possesseur qui les a consommées de mauvaise foi; mais la répétition n'est pas une revendication; donc, en théorie, peu importe que les choses soient consommées ou non, et peu importe la bonne ou la mauvaise foi du créancier; la répétition aurait dû être admise par cela seul que le payement est nul.

502. Quand peut-on dire que les choses sont consommées? La question n'est pas sans difficulté lorsque c'est une somme d'argent qui a été payée. L'argent ne se consomme pas dans la réalité des choses; mais on admet qu'il est consommé dès qu'il est dépensé ou que le créan-

cier en a disposé de quelque manière que ce soit au profit d'un tiers. Que faut-il décider si le créancier a seulement mêlé les pièces de monnaie que le débiteur a payées avec des pièces qui lui appartenaient? La question est controversée : les uns, entraînés par l'autorité du droit romain, répondent que la revendication ne peut pas avoir lieu, les autres admettent l'action du débiteur. Nous croyons que la doctrine romaine est étrangère au débat. Il ne s'agit pas de revendiquer, il s'agit de répéter par suite d'une demande en nullité. Qu'importe que les pièces de monnaie ne soient plus distinctes et qu'on ne puisse pas les reconnaître? La seule chose qu'il importe de savoir, c'est si le créancier les a encore. Or, il les a, puisqu'on suppose qu'il ne les a pas dépensées et qu'il n'en a pas disposé. Cela décide la question (1).

3. DROIT DU PROPRIÉTAIRE.

503. Le propriétaire peut revendiquer les choses qui lui appartiennent et qui ont été données en payement au créancier : c'est le droit commun. Il n'y a aucune difficulté quand il s'agit d'un immeuble ; le propriétaire a la revendication, sauf au créancier à lui opposer la prescription. D'ordinaire ce sont des choses mobilières qui font l'objet du payement. Le propriétaire a aussi le droit de les revendiquer ; mais ce droit sera presque toujours illusoire, parce que le créancier invoquera la maxime consacrée par l'article 2279 : *En fait de meubles, la possession vaut titre*. En effet, cette maxime signifie que le propriétaire ne peut pas revendiquer des choses mobilières corporelles contre le possesseur de bonne foi. Il suit de là que le propriétaire ne peut revendiquer que lorsque le créancier est de mauvaise foi ou qu'il a reçu en payement des créances. C'est l'opinion générale, et la jurisprudence est en ce sens (2).

(1) Duranton, t. XII, p. 48, n° 33. Comparez Demolombe, t. XXVII, p. 79, n°s 107 et 108.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 152, § 316. Metz, 14 août 1867 (Dalloz, 1867, 2, 188).

Nous citerons une espèce qui a été portée devant la cour de cassation. Elle montrera dans quelles circonstances le payement se fait avec des deniers qui n'appartiennent pas au débiteur. Une société cesse ses opérations; un mandataire est chargé de la liquidation. Quels sont ses pouvoirs? Il n'est pas un gérant ayant le droit d'administrer, ses pouvoirs sont restreints aux actes nécessaires pour arriver à la liquidation de la société. Le liquidateur paye une dette qui lui est personnelle avec les fonds de la caisse sociale. C'était dépasser son mandat et un vrai abus de confiance. D'après l'article 1238, ce payement était nul, et la société, propriétaire des deniers, pouvait les revendiquer. Les héritiers du créancier essayèrent de soutenir que leur auteur avait consommé l'argent de bonne foi; mais, loin qu'il y eût bonne foi, il y avait complicité. Alors ils soutinrent que, dans cette supposition, le payement constituait un délit, que leur auteur en était le complice et que, par suite, ils étaient couverts par la prescription. La cour rejeta cette singulière défense par le motif qu'il n'y avait pas de complicité légale. Sur le pourvoi en cassation, il intervint un arrêt de rejet qui reproduit les motifs que nous venons d'analyser (1).

504. La doctrine que nous venons d'exposer est généralement suivie. Un auteur qui jouit d'une grande autorité en France l'a combattue. Nous devons nous arrêter un instant sur cette controverse, ne fût-ce que pour mettre nos jeunes lecteurs en garde contre les opinions nouvelles, quand elles n'ont aucun fondement ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi. Tout est faux dans le système de M. Demolombe, le principe qui lui sert de point de départ et les conséquences qu'il en déduit (2).

On prétend que l'article 1238 permet au propriétaire d'agir en répétition contre le créancier, sauf quand celui-ci a consommé les choses de bonne foi. Première erreur. Nous n'hésitons pas à nous servir de ce mot un peu dur,

(1) Rejet, 10 novembre 1858 (Dalloz, 1858, 1, 447).
(2) Demolombe, t. XXVII, p. 105 et suiv., nos 115-118.

parce que le texte même de la loi témoigne contre ceux qui l'invoquent. Est-il question du propriétaire dans l'article 1238? Non, et le législateur ne pouvait pas même songer à lui, car le seul objet de l'article 1238 est de déterminer l'une des conditions requises pour que le payement soit valable, la capacité du débiteur. Puis la loi dit quel sera l'effet du payement si le débiteur n'a point cette capacité. Le débiteur peut-il répéter? quand ne le peut-il pas? Telles sont les questions que le législateur avait à résoudre. Dans ce débat, le propriétaire est hors de cause; le payement lui est étranger. Donc il ne peut naître pour lui aucune action du payement fait par un débiteur sans droit.

Nous disons que le texte résiste à l'interprétation qu'on veut lui donner. Il parle d'une action en *répétition*, il ne parle pas de *revendiquer*. Or, la répétition est une action personnelle qui naît d'un lien d'obligation, tandis que la revendication est une action réelle qui naît du droit de propriété. Le débiteur répète ce qu'il a payé sans droit en vertu d'une convention. Le propriétaire revendique sa chose contre tout possesseur, sans s'inquiéter de la cause de cette possession. A qui l'article 1238 donne-t-il l'action en répétition? A celui qui a fait le payement. Qu'importe que la loi ne nomme pas le débiteur? Le texte ne peut s'appliquer qu'à lui. En effet, l'article 1238 ne parle pas seulement de la répétition qui est exercée quand le payement est fait par celui qui n'était pas propriétaire de la chose payée, il parle aussi du cas où le propriétaire incapable donne sa propre chose en payement; il ne peut être question, dans ce cas, que du débiteur qui répète. Donc, d'après le texte comme d'après l'esprit de la loi, il faut dire que l'article 1238 est étranger au tiers propriétaire.

Après avoir dit que le propriétaire a une action en répétition en vertu de l'article 1238, M. Demolombe prétend qu'il y a contradiction entre cette disposition et celle de l'article 2279, celle-ci ne donnant pas au propriétaire le droit de revendiquer la chose mobilière contre le créancier possesseur de bonne foi, tandis que l'art. 1238

lui donne ce droit aussi longtemps que le créancier ne l'a pas consommée de bonne foi. L'antinomie est purement imaginaire. Comment y aurait-il contradiction entre l'article 2279, qui s'occupe des droits du propriétaire, et l'article 1238, qui est étranger au propriétaire? Avant d'admettre cette prétendue antinomie, il fallait se demander s'il y avait une raison qui expliquât la dérogation que l'article 1238 apporterait, dans cette supposition, à une maxime fondamentale de notre droit consacrée par l'article 2279, et reproduite, au titre des *Obligations*, par l'article 1141. Pourquoi le propriétaire aurait-il des droits plus étendus contre le tiers possesseur, alors que celui-ci possède comme créancier, que lorsqu'il possède comme acheteur? Est-ce que, dans l'une et l'autre hypothèse, il ne possède pas à titre de propriétaire? La possession étant la même, les droits qui en découlent ne doivent-ils pas être identiques?

Pour concilier des dispositions que l'on prétend contradictoires, on propose une distinction aussi inadmissible que toutes les prémisses. Si le payement a pour objet une chose déterminée, l'article 2279 serait applicable; tandis qu'on appliquerait l'article 1238 quand l'obligation a pour objet une chose indéterminée. Nous avons déjà combattu cette distinction (n° 500). Pour avoir le droit de distinguer quand la loi est générale, il faut que les principes nous y autorisent. Quel serait le motif juridique pour lequel le créancier possesseur de bonne foi d'une chose en vertu d'un payement ne pourrait pas repousser l'action en revendication, lorsque l'obligation apour objet une chose indéterminée? Nous le cherchons vainement. Disons mieux : l'esprit de la loi de même que le texte résistent énergiquement à la distinction que l'on veut y introduire. L'article 2279 est fondé sur l'intérêt du commerce; est-ce que par hasard le commerce ne serait pas intéressé à être à l'abri d'une revendication quand il s'agit de quantités ou de choses qui se consomment par l'usage qu'en fait le possesseur?

II. *Du payement fait par un incapable.*

505. L'article 1238 exige deux conditions pour que le débiteur puisse payer valablement : il doit être propriétaire de la chose donnée en payement et capable de l'aliéner. Alors même que le débiteur serait propriétaire, s'il est incapable d'aliéner, le payement est nul. En effet, la loi dit que pour payer *valablement*, il faut être capable d'aliéner la chose payée ; le payement fait par l'incapable est donc nul. La nullité résulte d'ailleurs des principes généraux de droit : les actes qu'un incapable n'a pas le droit de faire sont frappés de nullité à raison de son incapacité.

506. La loi semble mettre sur la même ligne la condition de pouvoir aliéner et la condition d'être propriétaire. Il y a cependant une différence importante. Quand celui qui paye n'est pas propriétaire, la nullité peut être invoquée par le créancier et par le débiteur, tandis que la nullité résultant de l'incapacité est essentiellement relative ; l'incapable seul peut s'en prévaloir. La loi pose ce principe pour les personnes qu'elle déclare incapables de s'obliger : les mineurs, les interdits et les femmes mariées peuvent attaquer leurs engagements pour cause d'incapacité ; mais les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée avec qui elles ont contracté (art. 1225, 225). Il est vrai que celui qui paye ne s'engage point, il exécute un engagement. Mais si la lettre de l'article 1125 n'est pas applicable, l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Le principe établi par l'article 1125 résulte de la nature même de la nullité que la loi établit quand une personne incapable fait un acte qu'elle n'a pas le droit de faire ; la nullité est essentiellement relative, établie pour protéger l'incapable, donc lui seul peut s'en prévaloir.

Reste à savoir quelles sont les personnes incapables d'aliéner. Nous venons de rappeler l'article 1124 qui déclare incapables de *contracter* les mineurs, les interdits et les femmes mariées. Celui qui est incapable de contrac-

ter est, en général, incapable d'aliéner, puisque les aliénations se font par voie de contrat. Toutefois cela n'est vrai qu'avec une restriction, en ce qui concerne les femmes mariées; il faut consulter les conventions matrimoniales des époux, conventions qui peuvent, en un certain sens, déroger à l'incapacité de la femme. Ainsi la femme séparée de biens peut disposer de son mobilier et l'aliéner, tandis qu'elle ne peut aliéner ses immeubles qu'avec le consentement de son mari (art. 1449, 1536, 1576); elle pourrait donc faire un payement mobilier, mais elle est incapable de payer un immeuble, si le payement a pour objet d'en transférer la propriété.

507. La différence que nous venons de signaler entre le débiteur qui n'est pas propriétaire de la chose donnée en payement et celui qui n'est pas capable de l'aliéner a une conséquence importante en ce qui concerne les risques. Quand la chose donnée en payement par celui qui n'en est pas propriétaire vient à périr par cas fortuit, la perte est pour le débiteur. Au contraire, si le débiteur incapable paye une chose dont il a la propriété et qu'elle vienne à périr par cas fortuit, la perte est pour le créancier. La raison en est que le payement est valable à l'égard du créancier, il ne pourrait être annulé que sur la demande du débiteur incapable; or, si la chose a péri, l'incapable se gardera bien d'agir en nullité, puisque en cas d'annulation la chose aurait péri pour lui, et il serait obligé d'en payer une autre. Et dès que le débiteur n'agit point, le payement reste valable; par conséquent, la perte doit être pour le créancier (1). Remarquons que dans ce cas la chose périt pour celui qui n'en est pas propriétaire; en effet, la propriété n'a pu être transmise au débiteur incapable d'aliéner; c'est donc le débiteur qui reste propriétaire et ce n'est pas lui néanmoins qui supporte les risques. Nouvelle preuve que la maxime *Res perit domino* n'est pas applicable quand la chose qui périt fait l'objet d'une obligation.

508. Le débiteur incapable d'aliéner peut demander

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 326, nº 177 *bis* XVI.

la nullité du payement et le tribunal devra la prononcer dès que l'incapable aura prouvé son incapacité. On demande quel intérêt il a d'agir en nullité ; à peine aura-t-il obtenu l'annulation du payement qu'il devra en faire un autre; n'est-il pas plus simple de maintenir celui qu'il a fait? On répond qu'il peut avoir intérêt à demander la nullité. D'abord si la dette est à terme et qu'il ait payé avant l'échéance du terme, il peut répéter la chose payée, et il y est intéressé afin d'en jouir jusqu'à ce qu'il doive la livrer au créancier. Lorsque la chose est déterminée seulement quant à son espèce, le débiteur se libère en payant une chose d'une valeur moyenne. Si l'incapable a payé par imprudence une chose d'un grand prix, il a intérêt à la répéter, sauf à payer une chose d'une valeur ordinaire, comme il en a le droit. Enfin, si l'incapable, débiteur d'une dette alternative, a choisi la chose qui avait la plus grande valeur, il pourra la répéter et payer l'autre (1). On voit que les cas dans lesquels le débiteur incapable a intérêt à demander la nullité du payement sont très-rares, et que le plus souvent le payement ne sera pas attaqué ; de sorte que cette matière est de pure théorie.

509. Il y a un cas dans lequel le débiteur, quoique incapable, ne peut pas agir en nullité. Le payement d'une chose qui se consomme par l'usage ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, bien que le payement en ait été fait par celui qui n'était pas capable de l'aliéner. Tous les auteurs critiquent cette disposition (2). Le débiteur a le droit de demander la nullité du payement, à raison de son incapacité; on ne voit pas pourquoi il ne peut pas exercer ce droit lorsque le créancier a consommé la chose; tout ce qui résulte de cette consommation, c'est que le payement a profité au créancier; mais qu'importe? Cela n'empêche pas que le payement ne soit nul dans l'intérêt de l'incapable. La loi l'entoure de sa protection en lui permettant d'agir en nul-

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 598 et suiv.
(2) Demolombe, t. XXVII, p. 118, nº 131, et les auteurs qu'il cite.

lité, puis elle lui enlève sa protection. par la seule raison que le créancier a consommé la chose. Elle a eu tort d'assimiler le débiteur incapable au débiteur qui n'est pas propriétaire; même à l'égard de celui-ci la disposition de l'article 1238 se justifie difficilement (n° 501); elle devient inexplicable quand il s'agit du débiteur incapable d'aliéner.

510. L'article 1238 suppose qu'il s'agit d'un payement translatif de propriété. Quand le payement se fait en exécution d'une convention qui a déjà transféré la propriété, telle qu'une vente, le débiteur, quoique incapable d'aliéner, peut faire valablement la délivrance de la chose. Ainsi la femme aliène un immeuble qui lui appartient avec autorisation de son mari, puis elle en fait la délivrance sans y avoir été autorisée; pourra-t-elle demander la nullité de ce payement? Non, on n'est pas dans le cas de l'article 1238; il ne s'agit plus de transférer la propriété de la chose donnée en payement, la propriété est acquise à l'acheteur; il ne reste qu'à lui en faire la délivrance; c'est un fait purement matériel; la femme ne se lèse pas en le prestant; elle améliore, au contraire, sa condition, car l'acheteur pourrait exiger la délivrance et faire des frais, que la femme prévient en délivrant la chose.

Cela suppose que l'obligation que la femme exécute est valable. Si le contrat que la femme exécute était nul, la femme conserverait le droit d'en demander la nullité malgré l'exécution qu'elle lui a donnée. Ce n'est plus alors une question de validité du payement, il s'agit de savoir si l'obligation est valable; or, nous supposons qu'elle est nulle; la femme ne peut pas, en payant, renoncer au droit qu'elle a d'en demander la nullité. Ce serait une confirmation; et l'incapable ne peut pas confirmer, tant que son incapacité dure (art. 1238). Ce que nous disons de la femme mariée s'applique à tous les incapables (1).

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 151, notes 14 et 15, § 316, et les auteurs qu'ils citent. Il faut ajouter Demolombe, t. XXVII, p. 115, n° 127.

N° 4. A QUI LE PAYEMENT DOIT-IL OU PEUT-IL ÊTRE FAIT?

511. L'article 1239 porte que « le payement doit être fait au créancier ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui. »

II. *Du payement fait au créancier.*

512. Le payement doit être fait au créancier, dit l'article 1239. C'est la conséquence naturelle de la stipulation que le créancier a faite en contractant. Le débiteur s'est obligé envers le créancier à donner ou à faire quelque chose ; il est donc tenu de payer ce qu'il doit à celui envers lequel il s'est obligé. Le créancier a le droit d'exiger la prestation qui est l'objet de la convention et le débiteur est obligé de la faire.

513. Le créancier transmet son droit à ses héritiers : le débiteur doit, par conséquent, payer entre les mains des héritiers. Comme la créance se divise entre les héritiers, à raison de leur part héréditaire, chaque héritier ne devient créancier que quant à la part pour laquelle il est héritier ; de là suit que le débiteur ne peut payer valablement à chacun des héritiers que la portion qui lui appartient dans la créance. Il en est ainsi dès l'ouverture de l'hérédité avant tout partage, car c'est la loi qui divise les créances, indépendamment de toute convention. Les héritiers, dit l'article 1220, ne peuvent demander la dette que pour les parts dont ils sont saisis comme représentant le créancier ; or, d'après l'article 724, les héritiers sont *saisis* de plein droit des biens, droits et actions du défunt et ils le sont dès l'instant de la mort du défunt. C'est le principe coutumier de la saisine : « Le mort saisit le vif, son hoir le plus proche. »

Nous ne faisons que rappeler des principes élémentaires écrits dans la loi. Ce n'est donc pas sans étonnement que nous avons lu dans un Répertoire que, tant que la succession est indivise, le débiteur doit appeler tous

les héritiers pour leur faire le payement. On cite, à l'appui de cette étrange proposition, Pothier et tous les auteurs modernes. Et il se trouve que Pothier ainsi que les auteurs modernes disent en termes absolus que les dettes se divisent entre les héritiers selon leur part héréditaire, sans même parler de l'indivision et du partage, sinon pour remarquer que l'acte de partage peut donner à l'un des héritiers du créancier le pouvoir de toucher la créance entière. On cite encore, comme ayant appliqué le prétendu principe d'après lequel le payement pendant l'indivision ne pourrait être fait qu'à tous les héritiers, un arrêt qui a décidé que le remboursement d'une créance immobilière et spécialement d'une rente foncière doit, pour être valable, se faire à tous les héritiers, tant que la succession est indivise (1). Il suffit de lire l'arrêt de la cour de Paris pour se convaincre qu'il statue, non sur la division des créances ordinaires, mais sur une rente foncière réputée immeuble, et il va sans dire que les immeubles ne se divisent pas de plein droit. Mais il va aussi sans dire que les créances se divisent de plein droit et avant tout partage; comment les auteurs et les tribunaux pourraient-ils dire le contraire de ce qui est écrit dans les art. 724 et 1220? La vérité est que la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à dire le contraire de ce qu'on leur fait dire (2). Nous faisons cette remarque dans l'intérêt de nos jeunes lecteurs qui se servent généralement du Répertoire que notre devoir nous commande de critiquer. Qu'ils ne reconnaissent qu'une autorité, celle de la loi et des principes qui en découlent!

514. On entend par créancier, dit Pothier, non-seulement la personne même avec qui le débiteur a contracté, mais tous ceux qui ont succédé à sa créance, même à titre singulier. Celui à qui le créancier a cédé sa créance, soit par vente, soit par donation, en devient le créancier; mais il n'est saisi de la créance à l'égard des tiers que par la signification qu'il fait de la cession au débiteur ou par l'acceptation que le débiteur fait du transport (arti-

(1) Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1680. Paris, 21 prairial an x. (*Ib.*)
(2) Voyez le tome X de mes *Principes*, p. 244, n° 213.

cle 1690). Quand ces formalités sont remplies, le débiteur doit payer entre les mains du cessionnaire. Par contre, l'ancien créancier cesse de l'être et le débiteur ne peut plus payer entre ses mains (1). Nous renvoyons les détails et les difficulté au titre de la *Vente*, qui est le siége de la matière.

515. Le payement ne peut pas toujours être fait au créancier; pour que le payement soit valable, il faut que le créancier soit capable de le recevoir; fait au créancier incapable, le payement est nul (art. 1241). Quels sont les incapables? La loi ne s'explique pas sur ce point; elle ne s'occupe des incapables qu'au point de vue des obligations qu'ils contractent: les incapables de contracter sont les mineurs, les interdits et les femmes mariées. Recevoir un payement, ce n'est pas contracter, c'est éteindre l'obligation, et comme l'incapable reçoit ce qui lui est dû, il s'enrichit, et l'on pourrait croire qu'il doit avoir le droit d'améliorer sa position. La réponse est facile; l'incapacité de celui à qui un payement est fait pourrait avoir pour conséquence la perte de la créance; il ne suffit pas de toucher ce qui nous est dû, il faut aussi en faire un bon emploi, sinon la dissipation de ce que nous recevons anéantirait le bénéfice de la créance. Voilà pourquoi la loi se montre plus sévère pour le payement fait à un incapable que pour les autres actes d'administration. Ainsi le mineur émancipé a l'administration et la jouissance de sa fortune; néanmoins il ne peut recevoir un capital mobilier ni en donner décharge sans l'assistance de son curateur; l'article 482 en dit la raison : le curateur est chargé de surveiller l'emploi du capital reçu. Le tuteur a des pouvoirs plus étendus, mais aussi le mineur a une garantie réelle dans l'hypothèque légale que la loi lui accorde; lorsque cette garantie est insuffisante, la loi limite le droit qu'il a de toucher les capitaux dus à son profit (loi hypoth., art. 56 et 57). Nous renvoyons les détails et les difficultés aux titres où il est traité des incapables (2).

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 502.
(2) Duranton résume la matière (t. XII, p. 53, n°s 36-43). Colmet de Santerre, t. V, p. 330, n° 180 *bis* I.

II. *Du payement fait à celui qui a pouvoir de recevoir pour le créancier.*

516. Le payement fait à ceux qui ont pouvoir du créancier de recevoir pour lui est réputé fait au créancier lui-même et, par conséquent, il est aussi valable que s'il était fait au créancier. C'est ce que dit Pothier, d'après une loi romaine (1). Le code civil dit plus : non-seulement le payement peut être fait au mandataire, il *doit* être fait à celui qui a pouvoir du créancier, de la justice ou de la loi (art. 1239). Le mandat peut donc être légal, judiciaire ou conventionnel.

517. Quels sont ceux que la loi autorise à recevoir pour le créancier? Quand le créancier est incapable, la loi veille à ce que ses droits soient exercés par un représentant. Ainsi le tuteur représente le mineur et l'interdit dans tous les actes civils (art. 450). Les envoyés en possession représentent l'absent (art. 134). Quant à la femme mariée, ses droits ainsi que ceux du mari sur les biens de la femme dépendent des conventions matrimoniales et du régime sous lequel les époux se sont mariés. Nous traitons cette matière au titre du *Contrat de mariage* et aux titres que le code consacre aux incapables (2).

Il y a des incapables dont la loi ne dit qu'un mot. Aux termes de l'article 389, le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs. Quels sont les pouvoirs de l'administrateur légal? En ce qui concerne le droit de recevoir ce qui est dû à l'enfant mineur, il n'y a aucun doute; le père a ce droit et sans contrôle aucun. C'est un droit qui appartient au tuteur, donc aussi au père administrateur; quant aux garanties que le pupille a contre son tuteur, la loi n'a pas cru devoir les accorder au mineur contre son père (3).

518. Le pouvoir peut être accordé par justice. Il y a

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 506.
(2) Voyez le résumé dans Duranton, t. XII, p. 86, n°s 54-59.
(3) Toulouse, 25 février 1845 (Dalloz, 1845, 4, 438). Voyez le tome IV de mes *Principes*, p. 403, n° 303.

des mandataires généraux que le tribunal nomme en vertu de la loi; tel est l'administrateur qu'il a le droit de donner à l'absent pendant la première période de l'absence (art. 112), et l'administrateur provisoire que l'article 497 permet de nommer, lorsque l'interdiction d'une personne est demandée. On pourrait ranger parmi ces mandataires les envoyés en possession, puisqu'ils sont aussi envoyés en possession par un jugement. Mais il est plus juridique de considérer leur mandat comme légal, puisque c'est la loi qui désigne les héritiers présomptifs auxquels l'administration des biens doit être confiée après la déclaration d'absence; les tribunaux ne pourraient pas nommer d'autres administrateurs.

Que faudrait-il décider si le tribunal avait confié l'administration à un autre qu'à l'héritier présomptif? Les débiteurs devraient-ils payer entre ses mains? Il a été jugé que le débiteur ne doit pas payer quand il connaît le vice du jugement. On objectait que le débiteur était obligé de payer à celui qui était autorisé par justice à recevoir pour l'absent. La cour répond que c'est la loi qui désigne les héritiers auxquels l'envoi en possession doit être accordé; le tiers ne doit donc payer qu'entre les mains de l'héritier présomptif envoyé en possession; quand c'est un étranger qui est envoyé en possession, on ne peut pas dire qu'il soit autorisé par la loi à recevoir pour l'absent (1). Autre est la question de savoir si le débiteur *peut* payer entre les mains de celui qui est envoyé en possession, quoiqu'il ne soit pas héritier présomptif. Il nous semble que ce serait le cas d'appliquer l'article 1240, aux termes duquel le payement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable. L'envoyé en possession des biens d'un absent est en possession de la créance, en ce sens qu'un jugement l'autorise à recevoir ce qui est dû à l'absent.

519. Le pouvoir accordé par justice est d'ordinaire spécial. Un créancier pratique une saisie-arrêt; il obtient

(1) Gand, 6 juillet 1833, et le réquisitoire du procureur général Ganser (*Pasicrisie*, 1833, p. 195).

un jugement qui ordonne au tiers saisi de payer entre ses mains. Les créanciers saisissants ne sont pas propriétaires de la créance, ils ne la touchent donc pas comme créanciers; le vrai créancier, c'est le saisi; c'est au nom du saisi et comme exerçant ses droits que les créanciers saisissants agissent; en ce sens ils sont autorisés par la loi et par justice à toucher ce qui est dû à leur débiteur. Ce sont des mandataires, puisqu'ils reçoivent au nom du saisi, et le payement profite à celui-ci, puisqu'il est libéré jusqu'à concurrence de la somme qui est payée entre les mains des saisissants. On dit qu'ils sont mandataires *in rem suam* (1); cela est vrai, puisque c'est dans leur intérêt qu'ils agissent, mais ils sont aussi mandataires du saisi, puisque celui-ci se trouve libéré par l'effet de la saisie.

520. Le créancier peut aussi donner pouvoir de recevoir pour lui : c'est le mandat conventionnel. Sous quelle condition le débiteur doit-il payer au mandataire? Il faut naturellement que celui-ci justifie de son mandat. Le mandat est un contrat non solennel; il se parfait par le seul concours du consentement des parties contractantes, l'écrit ne sert que de preuve. Mais c'est précisément de la preuve qu'il s'agit. Si le mandataire produit une procuration sous seing privé, le débiteur sera-t-il tenu de reconnaître ce pouvoir? Non, car l'acte sous seing privé ne fait aucune foi par lui-même; il faut donc que le mandant reconnaisse sa signature à l'égard du tiers débiteur, ou qu'il donne un pouvoir par acte authentique. Il a été jugé en ce sens que tout débiteur qui paye sa dette a le droit d'exiger une preuve valable de sa libération ; s'il paye à un mandataire, il peut demander que la qualité du mandataire soit justifiée, soit par une procuration en minute à laquelle on pourra toujours recourir au besoin, soit par une procuration en brevet qui, dans ce cas, doit être remise au débiteur pour que la preuve du mandat soit toujours dans ses mains (2).

(1) Larombière, t. III, p. 96, n° 18 de l'article 1239 (Ed. B., t. II, p. 146).
(2) Orléans, 10 novembre 1859 (Dalloz, 1861, 5, 301).

521. Il y a un cas dans lequel la preuve du mandat résulte du contrat même où le débiteur est partie. Quelquefois, dit Pothier, dans le contrat par lequel une personne s'oblige de payer quelque chose à une autre, il y a un tiers indiqué entre les mains duquel on convient que le payement pourra se faire comme en celles du créancier. Ce tiers a qualité par la convention même de recevoir pour le créancier; par conséquent, le payement qui lui est fait est aussi valable que s'il était fait au créancier. Ces tiers à qui l'on convient que le débiteur pourra payer sont appelés par les jurisconsultes romains *adjecti solutionis gratia;* on leur a conservé ce nom dans le langage de l'école.

Quel est le but de cette clause? Pothier répond que les tiers adjoints sont le plus souvent des créanciers du créancier qui les indique. Je vous vends un héritage pour 50,000 francs et il est dit dans le contrat que vous payerez cette somme en mon acquit à un tiers qui est mon créancier d'une somme pareille. Quelquefois aussi le tiers adjoint est un simple mandataire, il peut encore être un donataire; on applique dans ce cas l'article 1121, auquel nous renvoyons (1).

Les adjoints, proprement dits, sont de simples mandataires. Ce mandat diffère du mandat ordinaire donné par le créancier seul. Le mandant, dit l'article 2004, peut révoquer sa procuration quand bon lui semble. En est-il de même du mandat donné par le contrat à un tiers adjoint? Non, en principe; le créancier ne peut pas le révoquer par sa seule volonté, car ce n'est pas par sa seule volonté qu'il a été constitué; le pouvoir est une clause du contrat, il est donné par concours de consentement, il faut aussi le consentement des deux parties pour le révoquer. Pothier l'enseigne ainsi et en conclut que le débiteur pourra payer malgré le créancier entre les mains du tiers adjoint.

Les auteurs modernes partent d'un autre principe : ils disent que le pouvoir ne peut être révoqué sans le con-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 516.

sentement de la partie dans l'intérêt de laquelle il a été donné; de sorte que si l'indication avait eu lieu dans l'intérêt du créancier, il pourrait révoquer par sa seule volonté, tandis qu'il lui faudrait le concours du débiteur si l'indication avait été faite dans l'intérêt de celui-ci. Il nous semble que le principe de Pothier est plus juridique. On doit appliquer aux clauses des contrats ce que l'article 1134 dit des conventions en général : elles ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des parties contractantes, sauf aux parties à déroger à la loi; ce que l'on pose comme règle est donc en réalité une exception que la partie intéressée doit stipuler (1).

522. Quant au mandat ordinaire, on applique les principes généraux qui régissent ce contrat. Il faut que le créancier qui donne pouvoir de recevoir soit capable de recevoir. Si c'est un mineur, un interdit, il ne peut pas exercer par l'intermédiaire d'un mandataire un droit qu'il n'a point : incapable de recevoir, il ne peut pas donner pouvoir de recevoir pour lui. Il faut donc dire avec Pothier que le payement fait à celui à qui le mineur a donné pouvoir de recevoir n'est pas plus valable que s'il eût été fait au mineur. Par contre, celui qui a le droit de recevoir pour le créancier en vertu de la loi peut donner mandat de recevoir au nom du créancier. Si le créancier est un mineur ou une femme mariée, le payement fait à celui qui a pouvoir du tuteur ou du mari est valable.

Il n'est pas nécessaire que le mandataire soit capable; fût-ce un mineur, le payement est valable. La raison est, dit Pothier, que le payement étant censé fait à celui qui a donné le pouvoir, c'est la personne du mandant et non celle du mandataire qu'il faut considérer; le mandant doit s'imputer d'avoir choisi un incapable. L'article 1990 consacre cette doctrine; il porte que les femmes et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires; nous dirons, au titre du *Mandat*, qu'il en est de même

(1) Pothier, n° 525. Aubry et Rau, t. IV, p. 154 et note 16, § 317. Comparez Duranton, t. XII, p. 77, n° 53, qui traite assez longuement des *adjecti*.

des mineurs non émancipés, parce qu'il y a même motif de décider (1).

523. Aux termes de l'article 1987, le mandat peut être spécial pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou général pour toutes les affaires du mandant. L'article 1988 ajoute que le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. Un pareil mandat donné par le créancier suffira-t-il pour que le mandataire puisse recevoir ce qui est dû au créancier? L'affirmative n'est pas douteuse; car recevoir le payement d'une créance est un acte d'administration, et souvent même un acte de conservation (2).

524. Pour que le mandataire puisse recevoir, il faut que son mandat dure encore lors du payement.

Si le créancier donne pouvoir de recevoir pour lui pendant un certain temps, le payement fait au mandataire après l'expiration du temps n'est plus valable, car il n'y a plus de mandat. Le débiteur ne peut pas ignorer la cessation des pouvoirs, puisqu'il doit se faire représenter le mandat au moment où il paye; c'est donc lui qui sera responsable de la nullité du payement.

Si le créancier révoque le mandat, le payement que fera le débiteur sera également nul. Mais le débiteur peut payer valablement tant que la révocation ne lui a pas été notifiée; c'est la disposition de l'article 2005, sur laquelle nous reviendrons au titre du *Mandat* (3).

525. Il en serait autrement, dit Pothier, si le débiteur avait payé sur un faux pouvoir du créancier. Le créancier ne peut pas empêcher le faux, ni en soupçonner l'existence; le débiteur, au contraire, peut s'informer de la vérité du pouvoir; si donc il paye, il ne sera pas libéré. Il se peut cependant qu'il lui ait été impossible de découvrir la fraude. Sera-t-il néanmoins responsable du payement qu'il fait, ou la perte retombera-t-elle sur le créancier? On décide que c'est contre le débiteur que la fraude a été commise; c'est donc lui qui l'a subie, et il ne peut à aucun

(1) Pothier, nos 509, 508 et 507. Duranton, t. XII, p. 65.
(2) Duranton, t. XII, p. 66, no 47.
(3) Pothier, no 510. Colmet de Santerre, t. V, p. 327, no 178 *bis* III.

titre la faire retomber sur le créancier. Cela n'est-il pas trop absolu? Le débiteur pourrait être forcé de payer au porteur d'une fausse procuration ; il ne fait donc pas un acte volontaire ; peut-il être responsable de ce qu'il doit faire alors qu'il n'y a aucune imprudence à lui reprocher? Il a été jugé en ce sens que le trésor n'est pas responsable des payements qu'il fait sur des pièces falsifiées (1).

526. Quels sont les pouvoirs du mandataire? La question est de fait, puisque la solution dépend des termes du mandat. On a demandé si le mandataire pouvait recevoir avant l'échéance. La cour de Grenoble a décidé la question affirmativement, et la solution n'est guère douteuse dès que le mandat est conçu en termes généraux. Le débiteur a le droit de payer avant l'échéance, donc le créancier et, par suite, son mandataire est tenu de recevoir. Cela décide la question. Dans l'espèce, le payement anticipé fut très-préjudiciable au créancier ; le mandataire tomba en faillite avant l'échéance, de là l'intérêt du débat; mais le débiteur, qui a le droit de payer, ne répond pas de ces éventualités (2).

Le mandat est de stricte interprétation. C'est par application de ce principe que l'article 1988 dispose que le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. Par la même raison, le mandat d'administration doit être limité au pouvoir qu'il donne au mandataire. Un notaire est chargé de placer des capitaux d'un client et d'en percevoir les intérêts. Le débiteur eut l'imprudence de rembourser le capital entre ses mains. Il a été jugé qu'un pouvoir limité aux intérêts ne pouvait pas être étendu au capital. Le débiteur prétendait que le mandat de toucher les intérêts impliquait le mandat tacite de recevoir le capital. Cela n'était pas admissible ; il y avait manifestation expresse de la volonté du créancier, dès lors il ne pouvait être question

(1) Pothier, nº 510. Colmet de Santerre, t. V, p. 327, nº 178 *bis* II. Comparez Aubry et Rau, qui ne déclarent le débiteur responsable qu'en général (t. IV, p. 154, note 9, § 317). Paris, 27 février 1836 (Dalloz, au mot *Responsabilité*, nº 645).

(2) Grenoble, 8 juillet 1843 (Dalloz, au mot *Mandat*, nº 383, 8º).

d'une volonté tacite (1). Nous insistons sur ces détails parce que la jurisprudence prouve combien les débiteurs sont imprudents; ils paraissent croire qu'il leur suffit de payer pour être libérés. Que de fois cette confiance aveugle les a obligés de payer une seconde fois!

527. Dans la même espèce, on soutint que le notaire chargé de placer les capitaux pouvait être considéré comme gérant d'affaires quand il recevait le remboursement. La cour écarta cette défense; les faits prouvaient à l'évidence qu'il ne pouvait être question d'un quasi-contrat qui suppose que le maître ignore qu'un tiers gère ses intérêts; or, dans le procès jugé par la cour de Colmar, la correspondance entre le créancier et le notaire témoignait que le créancier entendait faire lui-même ses affaires. Même abstraction faite de ces circonstances, la gestion d'affaires ne se conçoit point en ce qui concerne le payement de ce qui est dû au maître. C'est une mission de confiance que de recevoir le payement de ce qui est dû au créancier; c'est donc au créancier seul à choisir l'homme dans lequel il place sa confiance. Quand même le tiers qui se présenterait pour toucher ce qui est dû à un ami absent serait notoirement investi de sa confiance, cela ne suffirait pas pour autoriser le débiteur à payer entre ses mains. La loi est formelle, il faut un *pouvoir* du créancier, et la gestion d'affaires implique l'absence de pouvoir (2).

528. Il ne faut pas confondre la gestion d'affaires avec le mandat tacite. La gestion suppose qu'au moment où le gérant demande le payement de ce qui est dû au créancier, celui-ci ignore ce qui se passe; il y a donc absence de consentement, ce qui est de l'essence des quasi-contrats. Le mandat tacite, au contraire, est un contrat; seulement le consentement, au lieu d'être exprès, est tacite, il s'induit des faits posés par le créancier (3). On ne peut admettre le mandat tacite que lorsqu'il est certain que telle est la volonté du créancier : les débiteurs ne

(1) Colmar, 18 avril 1856 (Dalloz, 1857, 2, 72).
(2) Demolombe, t. XXVII, p. 126, n° 137.
(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 153, note 5, § 317.

doivent pas oublier qu'ils n'ont le droit de payer qu'au créancier ou à celui qui a pouvoir du créancier; dans le doute, ils doivent s'abstenir et exiger un mandat ou payer au créancier, ce qui est toujours le plus sûr. Nous reviendrons sur le mandat tacite en traitant de la gestion d'affaires (art. 1372). Pour le moment, nous n'avons qu'une chose à voir : dans quels cas y a-t-il un mandat tacite de recevoir le payement?

529. Pothier enseigne que l'huissier a un mandat tacite de recevoir le payement lorsqu'il est porteur du titre exécutoire et qu'il va de la part du créancier pour le mettre à exécution (1). Dans ces circonstances, la question n'est pas douteuse. L'huissier a mandat d'exécuter, de saisir les biens du débiteur; ce mandat est conditionnel, il suppose que le débiteur ne paye pas; l'huissier ne doit donc procéder à la saisie que si le débiteur ne satisfait pas immédiatement à son obligation; donc le débiteur doit avoir le droit de payer entre ses mains, ce qui est le seul moyen de se soustraire aux rigueurs de la loi. Il va sans dire que, pour se libérer, le débiteur doit faire à l'huissier un payement qui réunisse les conditions déterminées par la loi. La cour de cassation a jugé que le débiteur n'est point libéré quand l'huissier a accepté, au lieu d'espèces métalliques, un effet de commerce (2).

Le payement serait-il valable s'il était fait à l'huissier au moment où il fait le commandement qui doit précéder la saisie? On admet l'affirmative, et avec raison, car qu'est-ce que faire un commandement? Le créancier entend que le débiteur y obtempère de suite s'il veut éviter l'exécution; donc le débiteur doit avoir le droit de payer à l'huissier. Par la même raison, le payement fait à l'huissier dans l'intervalle qui sépare le commandement de la saisie serait valable, pourvu que l'huissier soit encore chargé du titre au moment où le payement se fait. On admet même qu'après la saisie le débiteur peut encore

(1) Pothier, n° 513. C'est l'opinion générale (Aubry et Rau, t. IV, p. 153, note 6, § 317). Gand, 24 novembre 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 248).
(2) Rejet, 3 août 1840 (Dalloz, au mot *Désaveu*, n° 53).

payer valablement. La question est douteuse (1). Il a été jugé qu'un payement fait quatre mois après le commandement, et alors que l'huissier n'était plus en possession des pièces, n'était pas valable; la cour a considéré le mandat tacite comme émanant des pièces dont l'huissier est porteur. Nous constatons les faits parce que ce sont des questions de fait, et les décisions, quelles qu'elles soient, offrent toujours au débiteur un conseil de prudence (2).

A plus forte raison n'y aurait-il pas de mandat de recevoir si l'acte dont l'huissier est chargé était étranger au payement. On remet à l'huissier un billet sous seing privé pour assigner le débiteur; le créancier n'a d'autre intention que d'obtenir un jugement, il ne peut donc pas songer à faire payer le débiteur (3). Il a été jugé en ce sens que le débiteur ne peut pas payer lorsque l'huissier lui notifie des mainlevées d'inscription et le somme simplement de déclarer ce qui l'empêche de payer (4).

530. L'avoué a-t-il mandat tacite de recevoir? Non, dit Pothier, il n'a de pouvoir que pour intenter l'action et la poursuivre à l'effet d'obtenir un jugement. Quand même le jugement serait rendu, l'avoué serait toujours sans droit : sa mission est toute spéciale, elle est judiciaire, et n'a rien de commun avec le payement (5).

Cependant le contraire avait été jugé. Le tribunal s'était laissé égarer par un argument sans valeur aucune. Aux termes de l'article 1283, la remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le payement. Le premier juge en conclut que l'avoué, possesseur de la grosse, avait pouvoir de libérer le débiteur en lui remettant le titre et, par conséquent, avait le droit de recevoir le payement. C'était oublier la condition essentielle sous laquelle la remise du titre libère le débiteur : il faut que la remise soit faite par le créancier (art. 1282) ou par quelqu'un ayant pouvoir spécial de lui. Certes le

(1) Duranton, t. XII, p. 68, n° 50.
(2) Bruxelles, 26 février 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 339).
(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 153, note 6, § 317. En sens contraire, Larombière, t. III, p. 93, n° 13 de l'article 1239 (Ed. B., t. II, p. 155).
(4) Bourges, 29 mars 1814 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2076).
(5) Pothier, *Des obligations*, n° 513, et tous les auteurs.

mandat de poursuivre le débiteur n'implique pas le pouvoir de le libérer en lui faisant la remise de la grosse. Le jugement fut cassé (1).

531. Le notaire a-t-il mandat tacite de recevoir le payement au nom de son client? En droit, la question n'est guère douteuse; si elle a donné lieu à de nombreux procès, c'est par suite de l'imprudence des débiteurs. Ils s'imaginent que le notaire qui vend a aussi le droit de toucher le prix; en réalité, le notaire ne fait que prêter son ministère pour la vente, c'est le vendeur qui seul a qualité de toucher le prix, ou le mandataire à qui il a donné pouvoir de recevoir pour lui (art. 1239). En fait, ces débats deviennent tous les jours plus fréquents; depuis que les notaires deviennent banquiers, spéculateurs, agioteurs, les faillites abondent; et le débiteur qui a payé irrégulièrement entre les mains du notaire, obligé de payer une seconde fois à son vendeur, en est réduit à se présenter à la faillite comme créancier de celui qui a trompé sa confiance.

Il est certain que le notaire, comme tel, n'a aucun mandat tacite de recevoir au nom de son client. Un tribunal avait déclaré valable le payement fait par l'acheteur entre les mains du notaire qui avait fait la vente, en s'appuyant sur des considérations de fait qui n'impliquaient aucunement le pouvoir de recevoir; elles tendaient à considérer le payement irrégulier comme étant ratifié par les intéressés. Mais la ratification n'était pas non plus prouvée, et elle ne pouvait l'être par de simples présomptions de l'homme, la preuve testimoniale n'étant pas recevable (2).

D'ordinaire l'acte de vente porte que le payement se fera dans l'étude du notaire qui a procédé à l'adjudication. Cette clause donne-t-elle au notaire le pouvoir de toucher le prix? Les auteurs s'y trompent; l'indication de l'étude n'est faite que pour désigner le lieu où doit se faire le payement; autre est la question de savoir qui a le droit de recevoir le prix. Cette clause, qui est presque de style,

(1) Cassation, 23 juillet 1828 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 1709).
(2) Cassation, 17 août 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 1713, 2º).

est absolument étrangère à la question de savoir qui a qualité pour toucher le prix; l'article 1239 répond que c'est le créancier ou celui qui a pouvoir de recevoir pour lui; or, en indiquant le lieu où le payement doit se faire, le vendeur ne donne aucun pouvoir concernant la personne à laquelle le payement doit être fait. Il y a de cela une preuve légale; l'article 1239 dit à qui le payement doit être fait pour être valable; l'article 1247 indique le lieu où le payement doit être fait; ces deux dispositions doivent recevoir l'une et l'autre leur exécution; l'article 1258 le prouve; il veut que les offres de payement soient faites cumulativement au créancier ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui et au lieu dont on est convenu pour le payement. Cela est décisif au point de vue légal (1). L'intention des parties est d'accord avec la loi. Que veulent-elles en indiquant un lieu pour le payement? Entendent-elles conférer un mandat tacite de recevoir? Du tout; souvent les actes mêmes prouvent que le payement doit se faire soit au créancier, soit à son mandataire (2). Tout ce que les parties veulent en indiquant l'étude du notaire comme lieu du payement, c'est de procurer, à raison de la différence des lieux, une plus grande facilité, soit au créancier de recevoir, soit au débiteur de se libérer (3).

Il en serait de même si le créancier élisait domicile. La cour de Bruxelles dit très-bien que le domicile élu est un domicile fictif. Or, les fictions sont par leur essence de stricte interprétation : elles ne produisent que les effets que la loi leur attribue. L'article 111 nous dit quels effets produit l'élection de domicile : les significations, demandes et poursuites relatives à l'acte qui contient l'élection pourront être faites au domicile convenu et devant le juge de ce domicile. L'élection de domicile ne concerne donc que la poursuite des droits en justice (4). Sans

(1) Cassation, 23 novembre 1830 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1713, 1°).
(2) Bruxelles, 27 juillet 1865 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 34).
(3) Demolombe, t. XXVII, p. 138, n° 153. Larombière, t. III, p. 91, n° 10 de l'article 1239 (Éd. B., t. II, p. 154).
(4) Bruxelles, 18 décembre 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 262). Lyon, 16 février 1860 (Dalloz, 1860, 2, 78).

doute les parties, en élisant domicile, peuvent donner au notaire ou à l'avoué qualité pour recevoir le payement; mais le droit de recevoir résulte, dans ce cas, non de la clause qui élit domicile en l'étude du notaire ou de l'avoué, mais de la volonté manifestée par les parties que le payement se fasse entre les mains de leur mandataire.

532. On a essayé de justifier le mandat tacite donné au notaire par l'usage général où sont les parties de payer entre les mains du notaire qui a fait la vente ou le prêt. Une cour avait admis ce motif; sa décision a été cassée. La cour de cassation dit que le prétendu usage invoqué par l'arrêt n'a point de base légale (1). Veut-on dire que l'usage a dérogé à la loi? On répondrait que la désuétude n'a pas la force d'abroger la loi, et que, l'eût-elle en théorie, elle n'existerait pas en fait. Entend-on dire seulement que les conventions obligent aux suites que l'usage donne à l'obligation (art. 1134), ou que ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé (art. 1159)? Aucune de ces dispositions n'est applicable à l'espèce. Il s'agit de savoir s'il y a mandat tacite, c'est-à-dire contrat par un concours de volontés tacites. L'usage ne peut pas avoir pour effet que je sois censé consentir alors que je n'ai pas consenti. Ce serait un contrat présumé; or, les contrats ne peuvent pas se présumer, ils n'existent pas sans consentement. La cour de Poitiers dit très-bien que ni en droit, ni en raison, on ne peut admettre que les notaires aient mandat de recevoir sans que ce mandat leur ait été donné par la volonté des parties contractantes (2).

533. La question du mandat tacite se réduit donc à une difficulté de fait : le créancier a-t-il entendu donner au notaire pouvoir de recevoir pour lui? Que ce mandat puisse exister, cela n'est pas douteux. Nous en citerons un exemple emprunté à la jurisprudence. L'acte de prêt passé devant notaire portait la clause suivante : « Le payement des intérêts annuels, ainsi que le rembourse-

(1) Cassation, 21 novembre 1836 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1713, 3°).
(2) Poitiers, 5 juin 1851 (Dalloz, 1853, 2, 154).

ment du capital prêté devront se faire entre les mains du prêteur, de ses héritiers, de ses ayants cause ou de son fondé de pouvoirs. » De fait, le notaire avait constamment agi envers les emprunteurs comme fondé de pouvoirs ou mandataire du prêteur, qui était une demoiselle. C'est à lui que les emprunteurs s'étaient adressés pour obtenir la somme qui leur était nécessaire, et non à la demoiselle; c'est lui qui leur avait donné la somme et compté les espèces. Lors de la passation de l'acte, ce n'est pas la demoiselle qui avait comparu, c'est le clerc du notaire qui avait stipulé pour elle et en son nom; c'est au notaire, et jamais à la prêteuse, que les emprunteurs avaient payé les intérêts; c'est le notaire qui leur avait donné quittance et ces payements avaient été reconnus par la prêteuse, puisqu'elle les avait passés en compte. La cour en conclut que le notaire ayant été reconnu par le créancier comme son mandataire, il fallait lui appliquer la clause de l'acte portant que le remboursement du capital devait se faire entre les mains du créancier ou de son fondé de pouvoirs (1).

Dans l'espèce, il n'y avait pas de clause portant que le payement se ferait en l'étude du notaire. Bien que cette clause n'emporte pas, en droit, pour le notaire l'autorisation de recevoir, elle peut être invoquée à l'appui des faits et circonstances de la cause à l'effet d'établir que le notaire a pouvoir de recevoir pour le créancier (2). D'autres arrêts disent que cette clause fournit un commencement de preuve par écrit qui permet d'admettre des présomptions pour prouver l'existence d'un mandat tacite (3). Nous réservons la question de la preuve pour le chapitre qui est le siége de la matière : il s'agit de savoir si l'on peut appliquer aux conventions tacites, qui semblent exclure la possibilité d'une preuve littérale, les principes qui régissent la preuve testimoniale; ces principes supposent que lors du contrat il a été possible aux parties de se procurer une preuve par écrit de leurs conventions; cela se peut-il lorsque le consentement résulte de faits et non de la volonté décla-

(1) Gand, 13 avril 1854 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 194).
(2) Rejet, chambre civile, 12 mars 1844 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 129, 5°).
(3) Metz, 23 février 1864 (Dalloz, 1864, 2, 220).

rée? En définitive, le juge doit se décider d'après les faits qui ont précédé, accompagné ou suivi l'acte; c'est d'après ces circonstances qu'il admettra le mandat tacite (1) ou qu'il le rejettera (2).

534. Quel sera l'effet du payement fait entre les mains du notaire? Le notaire tombe en faillite : on demande si le prix périt pour le vendeur ou pour l'acquéreur. Il faut distinguer. Si le notaire a pouvoir de recevoir, soit par un mandat exprès, soit par un mandat tacite, le débiteur se libère valablement en payant entre ses mains. C'est le cas d'appliquer l'article 1239. On a prétendu que le notaire était le mandataire de l'acquéreur. Cela n'est pas admissible; l'article 1239 dit que le payement doit être fait à celui qui a pouvoir du créancier : c'est le créancier qui reçoit, c'est donc à lui de donner mandat de recevoir en son nom. Quand même le mandat résulte de l'acte de vente auquel l'acheteur concourt, on ne peut pas dire que le notaire soit son mandataire; le mandat est donné par la partie intéressée, donc par celle qui touche le prix, et non par celle qui le paye (3). Si le notaire n'a aucun mandat et que le débiteur paye entre ses mains, il fait un payement irrégulier, donc il est responsable; si le notaire ne remet pas les deniers au créancier, celui-ci, n'étant pas payé, pourra exiger son payement, l'acheteur devra payer une seconde fois, sauf à exercer son recours contre le notaire, recours dérisoire quand le notaire est en faillite.

535. Parfois les débiteurs payent entre les mains du clerc : le payement sera-t-il censé fait entre les mains du notaire? C'est une question de fait. Le clerc est d'ordinaire le mandataire de son patron, au nom duquel il reçoit les fonds qui lui sont remis. Si donc le notaire a mandat de recevoir, le payement fait entre les mains de son clerc pourra être validé. Ce sera toujours une imprudence,

(1) Douai, 29 novembre 1862 (Dalloz, 1863, 2, 41).

(2) Douai, 29 novembre 1849 (Dalloz, 1852, 2, 161). Liége, 10 août 1864 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 35).

(3) Rejet, 26 mars 1867 (Dalloz, 1867, 1, 305).

car de mandat exprès il y en a rarement, et le mandat tacite est sujet à contestation (1).

Il est arrivé que les parties ont donné mandat aux clercs du notaire, et la question s'est présentée de savoir qui, dans ce cas, était le vrai mandataire, le clerc ou son patron? Il a été jugé que c'est le notaire, l'homme de confiance des parties; si l'acte indiquait les clercs, c'était pour faciliter les opérations dont le notaire était chargé, la liquidation d'une succession, en faisant intervenir les clercs dans les actes qui intéressaient les mandants; l'arrêt décide que le notaire était seul, en réalité, l'homme d'affaires des héritiers et avait qualité d'agir, pour la recette et l'emploi des deniers, en qualité de mandataire substitué des mandataires en titre (2).

536. Il y a encore un autre mandat tacite, également dangereux pour ceux qui payent. Le pouvoir que nous donnons de contracter pour nous, comme de vendre ou de louer une chose, renferme-t-il celui de recevoir le prix de la vente et du louage? Question célèbre, dit Pothier; il se prononce pour la négative. C'est l'application du principe que les mandats sont de stricte interprétation. Je donne mandat de vendre; quand la vente est faite, le mandat est rempli. Vient ensuite l'exécution de la vente; c'est un nouveau fait juridique pour lequel il faudrait un nouveau contrat. Pothier admettait cependant que les circonstances pouvaient faire admettre un mandat tacite en faveur de celui qui est chargé de vendre (3). De là de nouvelles difficultés, comme pour le mandat tacite que l'on revendique en faveur des notaires. Ce n'est pas dans le mandat de vendre que l'on doit chercher la solution, c'est dans les faits et les circonstances de la cause. Les auteurs ont donc tort, nous semble-t-il, de décider en termes généraux qu'il y a ou qu'il n'y a pas mandat; les distinctions qu'ils font sont tout au plus des faits que le juge pourra prendre en considération pour admettre qu'il y a

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 154, note 8, § 317. Rejet, 19 janvier 1807 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 1712).

(2) Gand, 2 mars 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 176).

(3) Pothier, *Des obligations*, nº 513.

mandat tacite. Nous laissons de côté les distinctions de Toullier, dont personne ne veut (1). Les auteurs modernes distinguent entre les ventes immobilières et les ventes mobilières : dans les premières, ils n'admettent pas que le mandat de vendre emporte celui de toucher le prix, tandis qu'ils l'admettent facilement dans les autres (2). Cela est trop absolu. En principe, il faut s'en tenir à la doctrine de Pothier, la seule qui soit juridique : le fait de donner mandat de vendre n'emporte pas mandat de toucher le prix, pas plus pour les ventes mobilières que pour les ventes immobilières. La jurisprudence est en ce sens.

Dans un mandat donné pour vendre un immeuble, il était dit qu'une partie du prix serait payée entre les mains du mandataire; l'adjudicataire eut l'imprudence de payer tout son prix entre les mains du notaire chargé de vendre. Il a été jugé qu'il n'était pas libéré. L'acquéreur alléguait que la restriction du mandat ne se trouvait pas mentionnée dans le cahier des charges. La cour de cassation répond que c'est au débiteur à s'enquérir et à s'assurer de la capacité et de l'étendue des pouvoirs du mandataire (3).

Il est d'usage, au moins en Belgique, de payer le prix des vins de France entre les mains du commis voyageur à qui l'on a fait la commande. Rien de mieux quand les commis voyageurs ont mandat de vendre et de toucher le prix. Mais le premier mandat n'emporte pas le second. Cela a été jugé ainsi pour les ventes faites en France, et la décision est très-juridique (4).

Quant au mandat de louer, on est à peu près d'accord qu'il ne donne pas au mandataire le droit de recevoir les loyers et fermages. On admet cependant que celui qui loue peut recevoir le pot-de-vin que le fermier ou le locataire est dans l'usage de payer, ainsi que le terme

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 14, n° 23. Comparez Duranton, t. XII, p. 70, n° 51, et Demolombe, t. XXVII, p. 134, n° 149.

(2) Demolombe, t. XXVII, p. 135, nos 150, 151. Larombière, t. III, p. 89, n° 8 (Ed. B., t. II, p. 153).

(3) Cassation, 21 novembre 1836 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1713, 3°).

(4) Jugement du 19 novembre 1868, du tribunal de Chateaubriant (Dalloz, 1869, 3, 30).

d'avance qui se paye au moment où le contrat se passe. Il va sans dire que celui qui a un mandat général d'administrer ou de recevoir pour le mandant a le droit de toucher les loyers et les fermages (1).

III. *De l'effet des payements faits à celui qui n'a pas qualité pour recevoir.*

537. Les payements faits à ceux qui n'ont pas qualité pour recevoir sont si fréquents, qu'ils sont devenus l'objet d'un de ces dictons populaires que Loysel a recueillis :

Qui doit à Luc et paye à François
Paye une autre fois.

La cour de cassation a plus d'une fois appliqué cet adage, même à des institutions publiques, qui devraient y mettre plus de prudence. Il est arrivé que la caisse des consignations a payé à un autre qu'au créancier dans des circonstances assez singulières. Un navire échoue, en 1809, devant la rade de Sidéro près de Candie. Le capitaine ne réclame pas, ne donne plus même signe de vie. En 1820, le consul de France à La Canée fait verser à la caisse des consignations pour le compte dudit capitaine une somme de 3,925 francs provenant de la vente des marchandises et agrès. Quinze ans plus tard, un individu se présente comme héritier du capitaine ; il était porteur d'un acte de notoriété dressé par un notaire de Paris et signé par huit témoins. Sur le refus de la caisse de payer, le prétendu héritier obtint une ordonnance de référé, rendue par le président du tribunal de la Seine, qui autorisa la caisse à payer sous peine d'y être contrainte. La caisse paya. En 1854, le capitaine, qui n'était pas décédé, réclama le remboursement de la somme que la caisse avait payée à son prétendu héritier. La cour de Paris fit droit à sa réclamation. On prouva que l'acte de notoriété avait été obtenu à l'aide de fausses déclarations et de manœuvres dolosives employées pour faire croire au décès du capitaine. Quant à l'ordonnance de référé, elle n'avait

(1) Duranton, t. XII, p. 75, n° 51. Demolombe, t. XXVII, p. 137, n° 152.

statué qu'au provisoire et sans préjudicier au fond du droit. La caisse avait donc payé à un individu qui n'avait aucune qualité pour recevoir, elle l'avait fait à ses risques et devait payer une seconde fois. Pourvoi en cassation. La caisse invoqua l'article 1240 qui valide le payement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance. Il est certain que le payement fait à l'héritier apparent est valable. Mais y avait-il un héritier apparent alors que le décès n'était pas régulièrement constaté? C'était une question de fait que la cour de Paris avait tranchée en décidant que le payement n'était point valable comme n'ayant pas été fait au créancier (1).

Deux personnes achètent en commun un immeuble; elles en jouissent par indivis pendant plusieurs années, puis elles le revendent avec bénéfice. L'un des deux vendeurs avait-il mandat de recevoir la portion du prix revenant à son covendeur? Il a été jugé que l'acquéreur qui avait payé le prix entier à l'un des vendeurs n'était pas libéré à l'égard de l'autre. On alléguait en faveur de l'acheteur qu'il y avait société entre les deux copropriétaires par indivis; que, par conséquent, on devait appliquer à la cause l'article 1859, aux termes duquel les associés sont censés s'être donné réciproquement mandat d'administrer l'un pour l'autre, et le pouvoir d'administrer implique celui de recevoir. La cour de cassation répond que pour qu'il y ait société il faut qu'il soit établi que l'immeuble a été acheté en vue d'en opérer la revente et de partager le bénéfice qui en pourrait résulter. En l'absence de cette condition, il n'y a entre les deux possesseurs qu'un état de communauté ou d'indivision qui ne permet pas d'appliquer l'article 1859. Le payement avait donc été fait à celui qui n'avait pas qualité pour recevoir; par suite l'acheteur a dû payer une seconde fois (2).

538. L'article 1239 porte que le payement fait à celui qui n'a pas pouvoir de recevoir pour le créancier est valable si celui-ci le ratifie. En le ratifiant, il l'approuve, la

(1) Rejet, 27 janvier 1862 (Dalloz, 1862, 1, 225).
(2) Cassation, 22 novembre 1852 (Dalloz, 1852, 1, 323).

ratification est considérée comme un mandat (1). L'article 1241 prévoit le cas où le payement est fait au créancier incapable de le recevoir ; la loi ne dit pas que ce payement est validé par la ratification. En effet, il ne peut pas s'agir, dans ce cas, de la ratification proprement dite. Le payement fait à l'incapable est vicié par l'incapacité de celui qui le reçoit, comme il serait vicié par l'incapacité de celui qui le fait; le payement est donc nul, par conséquent il faut appliquer les principes qui régissent la nullité. La nullité se couvre par la confirmation, c'est-à-dire par la renonciation au droit de demander la nullité : la confirmation d'un acte vicié par l'incapacité ne peut se faire que lorsque l'incapacité a cessé, par le mineur lorsqu'il devient majeur, par la femme mariée après la dissolution du mariage, par l'interdit lorsque l'interdiction est levée. La confirmation pourrait encore se faire pendant la durée de l'incapacité si ceux qui avaient le droit de recevoir pour l'incapable approuvaient le payement.

Ainsi le payement fait à celui qui n'est pas créancier et qui n'a point qualité de recevoir pour le créancier est validé par la ratification. Quant au payement fait au créancier incapable de recevoir, il se valide par la confirmation. La différence est grande entre la ratification et la confirmation. Quand il y a lieu à ratification, on ne peut pas dire que le payement soit nul, il faut dire qu'il est inexistant, car le payement exige le concours du créancier; or, on suppose qu'il n'a pas été fait au créancier, ni à quelqu'un ayant pouvoir de lui; pour que ce payement existe, il faut un nouveau consentement, c'est ce nouveau consentement que l'on appelle ratification. La ratification n'est donc autre chose qu'une simple manifestation de volonté. Il n'en est pas de même de la confirmation. Le payement a été fait au créancier, il y a donc payement, mais il est nul à raison de l'incapacité de celui qui l'a reçu. Ce payement donne lieu à une action en nul-

(1) Pothier, n° 528. Duranton, t. XII, p. 76, n° 52. Demolombe, t. XXVII, p. 145, n°s 169-171. Rejet, 22 thermidor an IX (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1718).

lité, laquelle doit être intentée dans les dix ans; après les dix ans, le payement est confirmé tacitement. Si le payement est fait à celui qui n'est pas créancier ni mandataire du créancier, il n'y a pas de payement; le créancier n'a pas besoin d'en demander la nullité; il n'y est pas intervenu, on ne peut le lui opposer; il n'y a donc pas lieu à la prescription de dix ans; le créancier peut demander le payement aussi longtemps que son droit n'est pas prescrit, et la prescription ordinaire est de trente ans.

Il y a encore une différence entre la ratification et la confirmation en ce qui concerne la forme. Quand la confirmation est constatée par écrit, l'acte doit être rédigé dans les formes prescrites par l'article 1338; à défaut de l'observation de ces formalités, l'écrit confirmatif est nul. L'article 1338 ne s'applique pas à la ratification, bien que, par une regrettable confusion, la loi donne aussi à la confirmation le nom de ratification. Nous reviendrons sur tous ces points en traitant des actes confirmatifs. Pour le moment, nous ne parlons que de la ratification proprement dite.

539. Quand y a-t-il ratification? C'est une approbation de ce qui a été fait pour nous, mais sans mandat; donc c'est une simple manifestation de volonté, soumise aux principes généraux qui régissent le consentement. La ratification peut être expresse ou tacite; est-elle expresse, elle n'exige aucune forme; si un écrit est rédigé pour la constater, on applique les principes généraux de la preuve littérale.

Il n'y a aucun doute sur ces points : c'est l'application des principes élémentaires de droit. La jurisprudence n'a pas la précision et la clarté désirables. On lit dans les arrêts que la ratification doit être expresse et formelle, ce qui semble dire que la ratification ne peut pas être tacite; cependant les arrêts disent aussi que la ratification doit résulter d'un fait positif ou d'une stipulation claire et formelle (1), ce qui implique que la ratification peut être expresse ou tacite; telle est la vraie doctrine. La cour de

(1) Lyon, 16 février 1860 (Dalloz, 1860, 2, 78). Bruxelles, 13 avril 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 219).

cassation l'a consacrée en décidant qu'il y avait ratification suffisante lorsque le créancier a connu le payement fait au tiers pour son compte et qu'il lui a volontairement laissé la somme reçue (1).

540. Le payement fait à celui qui n'avait pas pouvoir de recevoir pour le créancier est encore validé si le créancier en a profité (art. 1239). Ce principe s'applique aussi au payement que reçoit le créancier incapable; d'après l'article 1241, le payement fait au créancier n'est point valable s'il était incapable de le recevoir, à moins que le débiteur ne prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier. Sous ce rapport, il n'y a aucune différence entre le payement fait à celui qui n'avait pas pouvoir de recevoir pour le créancier et le payement fait au créancier incapable; les articles 1239 et 1241 s'expriment dans les mêmes termes : le payement est valable, dit l'article 1238, si le créancier en a *profité;* il est valable, dit l'article 1241, quand la chose payée a *tourné au profit du créancier*. Le cas ne se présente guère lorsque le payement est fait à celui qui n'avait pas pouvoir de recevoir; le plus souvent la chose payée est dissipée, détournée par celui qui reçoit sans pouvoir; tandis que le cas peut se présenter lorsque le payement est fait au créancier incapable, à un mineur par exemple. C'est dans cette hypothèse que nous allons nous placer.

541. Pourquoi le payement fait au créancier incapable est-il nul? Parce que la loi craint que ce payement ne profite pas à l'incapable; le plus souvent il en fera un mauvais usage et dissipera les deniers en folles ou inutiles dépenses (n° 515). Le motif pour lequel la loi prononce la nullité du payement tombe lorsque la chose payée a tourné à son profit.

Qui doit prouver que le payement a profité au créancier? L'article 1241 dit que c'est le débiteur. En principe, le payement est nul par cela seul qu'il a été fait à un incapable; pour obtenir l'annulation, il suffit donc que le créancier prouve qu'il n'avait point la capacité de le rece-

(1) Rejet, 12 novembre 1872 (Dalloz, 1873, 1, 104). Comparez Bruxelles, 3 juin 1872 (*Pasicrisie*, 1874, 2, 145).

voir. Si le débiteur oppose au créancier que le payement a tourné à son profit, il doit prouver le fondement de son exception; c'est le droit commun.

Que doit prouver le débiteur? Faut-il qu'il prouve que le créancier a profité du payement en ce sens que le profit subsiste encore au moment de la demande? Tel était l'avis de Pothier. Le débiteur, dit-il, doit justifier que le créancier a profité de la somme qui lui a été payée « et que ce profit subsiste encore au temps de la demande. » Faut-il entendre l'article 1241 dans le même sens? Nous croyons que le texte et l'esprit de la loi résistent à cette interprétation. La loi dit dans les articles 1239 et 1241 que le payement est valable quand il *a profité* ou qu'il *a tourné au profit* du créancier. D'où résulte ce profit? De l'emploi que le créancier a fait des deniers qu'il a reçus. Il faut donc voir quel a été cet emploi : était-il profitable au moment où il a été fait, il en résulte que le payement est valable. En effet, si le payement avait été fait au créancier capable de le recevoir, il en aurait fait également emploi, et un emploi utile; en ce sens, le payement procure au créancier incapable le même profit qu'il aurait retiré d'un payement valable. De quoi se plaindrait-il? Son incapacité ne doit pas lui donner un privilége; or, ce serait un vrai privilége que de pouvoir demander la nullité du payement par la raison que l'emploi fait des deniers payés, utile dans le principe, se trouve n'être plus profitable lors de la demande; le créancier capable subirait la perte; pourquoi en serait-il autrement du créancier incapable? Dira-t-on que le débiteur est en faute d'avoir payé entre ses mains? Sans doute, mais cette faute est réparée si l'incapable fait de l'argent qu'il reçoit le même usage qu'en eût fait une personne capable (1).

542. La position du débiteur reste néanmoins très-mauvaise; il est à la merci du créancier; celui-ci, par l'emploi qu'il fera de la chose payée, peut mettre le débiteur dans la nécessité de payer une seconde fois. On en a conclu que le débiteur a le droit d'exiger ou que le

(1) Pothier, n° 504. Colmet de Santerre, t. V, p. 331-334, n[os] 180 *bis* II-180 *bis* V. Aubry et Rau, t. V, p. 155, note 18, § 317.

payement soit confirmé ou que la chose payée lui soit restituée (1). Cela nous paraît inadmissible. D'abord l'esprit de la loi ne permet pas que le débiteur capable invoque l'incapacité du créancier. Quant au débiteur, le payement est valable; s'il est nul, c'est uniquement à raison de l'incapacité du créancier; le créancier seul peut se prévaloir d'une nullité qui n'a été établie qu'en sa faveur. Qu'est-ce d'ailleurs que confirmer? C'est renoncer au droit que l'on a de demander la nullité d'un acte; la renonciation est donc l'abdication d'un droit; conçoit-on que le débiteur contraigne indirectement le créancier à abdiquer le droit qui lui appartient d'agir en nullité? Que la position du débiteur soit mauvaise, que nous importe? C'est lui qui s'est mis dans cette position. Il savait que le créancier ne pouvait pas recevoir le payement; s'il l'a fait, il doit subir les conséquences de son imprudence. Le débiteur a d'ailleurs un moyen de prévenir l'action en nullité et de valider le payement; qu'il veille à ce que le créancier fasse un bon emploi des deniers qu'il lui remet, alors le payement sera validé et le débiteur sera à l'abri de toute crainte.

IV. *Du payement fait au possesseur de la créance.*

543. L'article 1240 est ainsi conçu : « Le payement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé. » Qu'entend-on par être *en possession de la créance?* C'est la seule fois que cette expression se trouve dans le code civil. Il y a des articles où il est question de possession de choses mobilières; tel est l'article 2279, qui établit le principe qu'en fait de meubles, la possession vaut titre. Mais cette disposition n'a rien de commun, ni pour le fond, ni pour la forme, avec l'article 1240. Dans l'article 2279, il est question de meubles corporels, tandis que l'article 1240 parle de créances. Le principe de l'article 2279 est fondé sur l'intérêt général

(1) Mourlon, t. II, p. 600. Colmet de Santerre, t. V, p. 333, n° 180 *bis* VI. Demolombe, t. XXVII, p. 166, n° 199.

qui demande la sécurité du commerce. L'intérêt général est hors de cause dans l'article 1240, il s'agit uniquement de l'intérêt du débiteur qui paye à une autre personne qu'à son créancier ou à son fondé de pouvoir; celui à qui il paye n'est pas créancier, puisque la loi suppose qu'il est évincé de la créance après en avoir reçu le payement; d'un autre côté, la loi exige pour la validité de ce payement que le débiteur l'ait fait de bonne foi. De là suit que le débiteur doit avoir eu des raisons de croire que celui à qui il paye était créancier, bien qu'en réalité il ne le fût pas; ce qui suppose un créancier apparent. Être en possession de la créance veut donc dire être en possession de la qualité de créancier, être réputé créancier par ceux qui sont intéressés à savoir qui est créancier, c'est-à-dire les tiers débiteurs.

L'interprétation à laquelle conduit le texte est aussi en harmonie avec la tradition et avec les travaux préparatoires. C'est à Pothier que les auteurs du code ont emprunté la disposition de l'article 1240. On répute quelque fois créancier, dit-il, celui que l'on a juste sujet de croire tel, quoique ce soit une autre personne qui soit le créancier véritable et le payement fait à ce créancier *putatif* est valable, comme s'il avait été fait au créancier véritable. Pothier donne comme exemple les payements faits à celui qui est en bonne et légitime possession d'une succession par les débiteurs de cette succession, quoique la succession ne lui appartienne pas; le véritable héritier, lorsqu'il apparaîtra, n'aura pas de recours contre les débiteurs; c'est le possesseur de la succession qui devra lui faire raison de ce qu'il a reçu (1). L'héritier apparent est en possession de la créance dans le sens que nous avons donné à ces mots: héritier apparent, il est en même temps créancier apparent, il est en possession de la créance, puisqu'il possède en apparence la qualité de créancier.

C'est aussi en ce sens que l'orateur du gouvernement et le rapporteur du Tribunat expliquent l'article 1240. « L'équité veut, dit Bigot-Préameneu, que le payement

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 503.

soit valable lorsque, ayant été fait de bonne foi par le débiteur à celui qui était en possession de la créance, ce débiteur avait un juste sujet de le regarder comme le véritable créancier; tel serait un héritier qui, d'abord possesseur légitime de la succession, recevrait le payement des sommes dues et serait ensuite évincé par un héritier plus proche (1). » Jaubert donne la même explication, mais il saisit mieux le véritable motif de cette disposition si singulière qui permet au débiteur de payer valablement à celui qui n'est pas créancier. « Les *tiers*, dit-il, sont toujours l'objet spécial de l'attention de la loi. Un individu est *propriétaire apparent* d'une créance ; le débiteur la lui paye de bonne foi, celui qui a reçu est, par la suite, évincé de son titre ; la dette a été éteinte. » Jaubert donne l'exemple de l'héritier apparent ; il ne serait pas juste, dit-il, que celui qui paye entre ses mains pût être de nouveau recherché (2). Ainsi la justice exige que le payement soit valable et cette justice, c'est le droit du débiteur. Il a le droit de payer sa dette; à qui? Au créancier ; mais si le vrai créancier ne se montre pas, s'il laisse prendre sa place par un créancier apparent, le débiteur doit avoir le droit de payer au créancier putatif. Propriétaire apparent de la créance, il peut forcer le débiteur à payer ; or, le débiteur doit avoir le droit de payer à celui qui peut le contraindre à payer. On pourrait invoquer l'équité en faveur du créancier véritable, mais le droit répond que ce créancier a un reproche à se faire, c'est d'avoir laissé usurper son titre par une personne qui, aux yeux des tiers, passera pour le vrai propriétaire : qu'il subisse les conséquences de sa négligence !

544. Quelles sont les conditions requises pour que le payement soit valable? Il faut d'abord que le payement soit fait à celui qui est en possession de la créance. Nous venons d'expliquer ce que l'on entend par là ; la cour de cassation dit que, dans le sens de l'article 1240, le possesseur de la créance est celui qui en est le propriétaire apparent et qu'un débiteur vigilant doit considérer comme

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 118 (Locré, t. VI, p. 168).
(2) Jaubert, Rapport, n° 12 (Locré, t. VI, p. 207).

véritable créancier (1). On voit que la question de savoir qui est possesseur de la créance se réduit à une question de fait.

Un premier point est certain, c'est qu'il ne suffit point de posséder l'acte qui constate la créance, le titre authentique ou sous seing privé, pour être en possession de la créance. Le titre n'est que la preuve littérale de l'existence d'une obligation; il fait connaître la personne au profit de laquelle elle est contractée; c'est à celle-là que le débiteur doit payer, à moins qu'il n'y ait un propriétaire apparent de la créance, autre que le créancier; or, la détention du titre ne donne aucun droit apparent à la créance; l'article 2279 dit, il est vrai, qu'en fait de meubles, possession vaut titre; mais cette disposition est étrangère aux meubles incorporels; la détention du titre qui constate une créance ne donne donc aucun droit même apparent au détenteur (2). Il y a exception à ce principe en matière commerciale pour les *créances au porteur;* le mot même indique que le droit est exercé par celui qui est détenteur de l'écrit. On ne peut pas même dire que ce soit une exception; car celui qui détient un billet au porteur est plus que possesseur apparent, il est propriétaire de la créance. Nous renvoyons cette matière au droit commercial (3).

545. Les héritiers apparents sont en possession des créances héréditaires : c'est surtout à eux que le législateur a pensé. Quand une personne se trouve en possession de l'hérédité, elle exerce par là même les droits qui appartiennent à l'héritier, elle peut donc exiger le payement de ce qui est dû au défunt; c'est dire que le débiteur peut se libérer en payant entre ses mains (4). Il y a des cas où l'héritier apparent possède en vertu d'un titre : tels sont les parents qui figurent dans un acte de partage (5), ou

(1) Rejet, 19 mai 1858, et le rapport de Bayle-Mouillard (Dalloz, 1858, 1, 286).

(2) Larombière, t. III, p. 94, nos 3 et 4 de l'article 1240 (Ed. B., t. II. p. 158). Bourges, 31 août 1808 (Dalloz, au mot *Obligations*, no 1710).

(3) Voyez Massé, *le Droit commercial*, t. IV, p. 17 et suiv., nos 2091-2099.

(4) Duranton, t. XII, p. 105, no 70.

(5) Bruxelles, 20 juin 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 222).

dans un jugement de licitation (1). Mais il n'est pas nécessaire que l'héritier ait un titre, même apparent, quand il possède comme héritier *ab intestat;* si c'est comme légataire, il faut naturellement qu'il y ait un testament. La loi prescrit, dans ce cas, des formalités, une demande en délivrance avec envoi en possession (art. 1007 et 1008); est-ce que le légataire n'est héritier apparent et en possession des créances héréditaires que lorsque ces formalités ont été remplies? Non, la possession n'est pas de droit, elle est de fait; il a été jugé que les débiteurs payent valablement entre les mains du légataire de l'usufruit, avant qu'il ait obtenu la délivrance de son legs, s'il est en possession de l'hérédité (2).

La jurisprudence reconnaît aux héritiers apparents le droit d'aliéner. Cette doctrine est très-dangereuse; pour en diminuer le danger, les cours ont restreint, assez arbitrairement, la notion d'héritier apparent, en exigeant certaines conditions pour qu'un héritier soit apparent, en ce sens, qu'il puisse valablement aliéner. Nous avons combattu cette jurisprudence (3). Il est certain qu'elle est étrangère à l'application de l'article 1240. Des parents naturels, dont la parenté n'est pas même reconnue par la loi, les frères de la mère d'un enfant naturel complétement étrangers à l'enfant, se croyant appelés à lui succéder, se mettent en possession de l'hérédité; sont-ils héritiers apparents? La cour de Colmar a décidé qu'étant absolument sans titre, on ne pouvait pas valider les actes de disposition qu'ils avaient faits, mais que leur possession suffisait pour les faire considérer comme propriétaires des créances héréditaires, ce qui validait les payements que les débiteurs de la succession avaient faits entre leurs mains (4).

Pour que ceux qui n'ont aucun droit à la succession soient héritiers apparents et que les débiteurs puissent payer valablement entre leurs mains, il faut au moins

(1) Rejet, 9 novembre 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1736, 4°).
(2) Cassation, 3 mars 1868 (Dalloz, 1868, 1, 155).
(3) Voyez le tome IX de mes *Principes*, p. 640, n°s 562 et suiv.
(4) Colmar, 18 janvier 1850 (Dalloz, 1851, 2, 161).

qu'ils soient en possession. Au point de vue de l'article 1240, cela n'est pas douteux, puisque le texte exige que celui à qui le débiteur paye soit en *possession* de la créance. La cour de cassation a jugé qu'un acte de notoriété, confirmé même par une ordonnance de référé, ne suffisait pas pour autoriser la caisse des consignations à payer entre les mains du prétendu héritier; le fait qui donna lieu à l'arrêt prouve que les débiteurs doivent être prudents et se garder de payer à un premier venu qui se dit héritier. Dans l'espèce, celui que l'on disait mort se présenta pour toucher la créance qui était sa propriété, et la caisse dut payer une seconde fois (1).

546. Le principe posé par l'article 1240 est général, il ne s'applique pas seulement à l'héritier apparent; le débiteur peut payer à tous ceux qui sont en possession de la créance. La jurisprudence offre des applications assez nombreuses de l'article 1240. Nous en citerons une qui a donné lieu à un excellent rapport de Bayle-Mouillard. Un payement est fait au propriétaire d'un navire, ou au capitaine qui le représente, du fret dû à raison de marchandises chargées sur ce navire. Le payement a été jugé valable, quoique le fret se trouvât transmis à un tiers auquel le navire avait été régulièrement affrété. Il n'y avait qu'une difficulté dans l'espèce: le débiteur avait-il connaissance de l'affrétement? Dans cette supposition, il n'aurait pas été de bonne foi, et la bonne foi du débiteur est une des conditions requises pour la validité du payement, comme nous allons le dire. Il a été jugé que le débiteur était censé ignorer l'affrétement, parce que la charte partie qui le renfermait ne lui avait pas été représentée (2). Nous n'aimons pas cette manière de constater la bonne foi, c'est essentiellement une question de fait et les faits ne s'établissent guère par voie de présomption.

547. Les auteurs citent encore le cas où la créance aurait été cédée. Le cessionnaire est propriétaire si la cession est régulière; mais si la cession est nulle et que

(1) Rejet, 27 janvier 1862 (Dalloz, 1862, 1, 225).
(2) Rejet, 19 mai 1858 (Dalloz, 1858, 1, 286). Voyez d'autres décisions dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Obligations*, n[os] 1735-1737.

la nullité en soit prononcée, le cessionnaire n'aura jamais été propriétaire, mais il aura été en possession de la créance : il aurait eu le droit de forcer le débiteur à payer, celui-ci doit donc avoir le droit de s'acquitter entre ses mains.

Cette application de l'article 1240 soulève une difficulté assez sérieuse. On suppose que l'acte de cession est faux : si le débiteur paye au cessionnaire, le payement sera-t-il valable? On enseigne que le payement sera nul ; c'est le débiteur qui supporte la perte, dit-on, parce que c'est lui qui est immédiatement atteint par le faux ; le créancier pourrait alléguer qu'il aurait découvert le faux si l'acte lui avait été représenté (1). Cela nous paraît très-douteux. Si un légataire possédait l'hérédité en vertu d'un faux testament, cela ne l'empêcherait pas d'être héritier apparent et possesseur des créances héréditaires. Pourquoi n'en serait-il pas de même d'un cessionnaire? Il est certain qu'il est propriétaire apparent et que le débiteur doit le croire tel. On objecte que le payement fait au mandataire porteur d'une fausse procuration est nul, et on prétend qu'il y a analogie entre le faux cessionnaire et le faux mandataire. Cela n'est pas exact; le faux cessionnaire est en possession de la créance, tandis qu'un faux mandataire n'est jamais possesseur ; on conçoit que, dans ce cas, le faux nuise à celui qui en est directement la victime; au contraire, en cas de fausse cession, le débiteur peut invoquer un texte, et nous ne voyons pas pour quel motif on lui refuserait le bénéfice de l'article 1240.

548. L'article 1240 exige que le payement soit fait de bonne foi. Si le débiteur connaît le vice de la possession apparente de celui à qui il paye, le payement sera nul. C'est dans l'intérêt des tiers débiteurs que la loi valide le payement fait à celui qui n'est pas créancier : il pourrait être forcé à payer, il doit donc avoir le droit de payer. Cela suppose qu'il ignore que le créancier n'a qu'un titre apparent; s'il le sait, il n'a plus le droit de payer, parce

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 329, n° 179 *bis* III. Aubry et Rau, t. IV, p. 155, note 15, § 317.

qu'il ne pourrait pas y être contraint. La loi n'exige pas la bonne foi du créancier apparent, ce n'est pas en sa faveur que l'article 1240 valide le payement; sa mauvaise foi n'empêche pas qu'il ait le droit de contraindre le débiteur à payer; et fût-il de bonne foi, il n'en devra pas moins restituer ce qu'il reçoit (1).

V. *A qui le débiteur doit-il payer en cas de saisie-arrêt?*

549. L'article 1242 porte : « Le payement fait par le débiteur à son créancier, au préjudice d'une saisie ou d'une opposition, n'est pas valable à l'égard des créanciers saisissants ou opposants; ceux-ci peuvent, selon leur droit, le contraindre à payer de nouveau, sauf, en ce cas seulement, son recours contre le créancier. » Cette disposition a donné lieu à de nombreuses difficultés; comme la matière tient à la procédure, elle est hors des limites de notre travail. Nous devons nous borner à l'explication de l'article 1242 et aux principes qui s'y rattachent (2).

Tout créancier peut, en vertu de titres authentiques ou privés, *saisir-arrêter*, entre les mains d'un tiers, les sommes et effets appartenant à son débiteur, ou *s'opposer* à leur remise (C. de proc., art. 507). De là le nom de *saisie-arrêt* ou *d'opposition*. Les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers (C. de civil, art. 2092; loi hyp., art. 7). Les sommes et effets qu'un tiers doit au débiteur font partie de ses biens et, par suite, du gage des créanciers, les droits et les créances aussi bien que les meubles corporels. L'article 1166 consacre une conséquence de ce principe en disposant que les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, ce qui se fait d'ordinaire par voie de saisie-arrêt (3). Celui qui pratique la saisie s'appelle le *saisissant;* son débiteur, au nom duquel il agit, puisque c'est son droit qu'il exerce,

(1) Duranton, t. XII, p. 103, n° 66. Demolombe, t. XXVII, p. 151, n° 180.
(2) Comparez Colmet de Santerre, t. V, p. 335 et suiv., n°s 181 *bis* I-181 *bis* VI. Aubry et Rau, t. IV, p. 156, note 20, § 317.
(3) Orléans, 3 juillet 1847 (Dalloz, 1849, 4, 343).

est le *saisi*; en effet, ce sont les droits du débiteur que le créancier saisit. Le tiers, qui est débiteur du débiteur, et entre les mains duquel se pratique la saisie, est le *tiers saisi*; il est *tiers*, car ce n'est pas lui qui est débiteur du créancier saisissant; il est donc tiers quant à la dette pour sûreté de laquelle la saisie est pratiquée; il est aussi *saisi*, puisque la saisie l'empêche de payer à son créancier; en ce sens, la saisie est une *opposition*.

550. Quel est l'effet de la saisie-arrêt? L'article 1242 répond que le tiers saisi ne peut plus payer son créancier, le saisi, au préjudice des créanciers saisissants. Est-ce à dire que le payement soit nul? La loi ne dit pas cela; elle dit seulement que si le tiers saisi paye à son créancier, le payement ne sera pas valable à l'égard des créanciers opposants, ce qui implique que le payement est valable à l'égard du saisi, et cela n'est point douteux. La saisie ne détruit pas le lien d'obligation qui existe entre le créancier et le débiteur; si donc le débiteur paye ce qu'il doit au saisi, il se libère à l'égard de son créancier, le créancier saisissant n'a aucune action contre le saisi, car celui-ci n'a reçu que ce qui lui était dû.

L'article 1242 dit que les saisissants peuvent, selon leur droit, contraindre le tiers saisi à payer de nouveau. Les saisissants n'ont donc d'action que contre le tiers saisi; s'il a payé à leur préjudice, il doit réparer ce préjudice, c'est-à-dire payer une seconde fois. L'article 1242 ajoute : *selon leur droit*. Cela veut dire d'abord que le tiers saisi ne doit payer de nouveau que si le droit des saisissants est établi; s'il est jugé que le saisissant n'était pas créancier du saisi, le tiers saisi ne devra certes pas faire un nouveau payement, car on ne doit rien payer à celui qui n'est pas créancier. L'expression *selon leur droit* a encore une autre signification : s'il y a plusieurs saisissants, comment le tiers saisi les indemnisera-t-il? Si la somme saisie ne suffit point pour les désintéresser tous, la distribution se fera entre eux, d'après le droit commun, c'est-à-dire proportionnellement à leurs créances, *selon leur droit*.

Le tiers débiteur, obligé de payer deux fois, a-t-il un

recours contre son créancier? Oui, d'après l'article 1242; c'est par la faute du débiteur saisi que le tiers saisi a dû payer une seconde fois; si le saisi avait versé les deniers entre leurs mains, les créanciers satisfaits n'auraient plus eu d'action contre le tiers saisi. Le saisi doit répondre des suites de sa faute ou de son dol. Mais le recours que la loi ouvre au tiers saisi contre le saisi sera le plus souvent inefficace, puisque le saisi sera d'ordinaire insolvable.

551. Le payement que le tiers saisi fait à son créancier n'est nul que lorsqu'il cause un préjudice aux saisissants. Il se peut qu'il n'y ait aucun préjudice Si la dette pour laquelle la saisie est opérée est de 6,000 fr., et que la créance saisie soit de 12,000 francs, y aura-t-il préjudice pour les saisissants, en supposant que le tiers saisi paye au saisi une somme de 6,000 francs, c'est-à-dire le montant de la différence entre la créance du saisissant et la dette du tiers saisi? Non, s'il n'y a pas d'autres créanciers saisissants; en effet, dans cette hypothèse, la créance saisie suffit pour désintéresser complétement le saisissant, il n'éprouve donc aucun préjudice. Mais si un second créancier pratique une saisie pour une créance que nous supposons être aussi de 6,000 francs, le payement des 6,000 francs fait au saisi causera un préjudice au créancier qui a pratiqué la première saisie. Le montant des deux créances pour la sûreté desquelles la saisie est faite est de 12,000 francs, il ne reste plus entre les mains du tiers saisi qu'une somme de 6,000 francs; ces 6,000 francs seront distribués entre les deux créanciers, chacun n'aura que 3,000 francs; tandis que si le tiers saisi n'avait pas payé les 6,000 francs au saisi, les 12,000 francs qu'il devait auraient suffi pour désintéresser les deux créanciers. Le premier éprouve donc un préjudice de 3,000 francs; d'après l'article 1242, le tiers saisi doit lui payer cette somme, sauf son recours contre le saisi (1).

Le second créancier a-t-il un action contre le tiers

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 337, n° 181 *bis* IV.

saisi? Il va sans dire que lorsque son opposition est antérieure au payement fait par le tiers saisi, il aura une action contre lui, car il se trouve dans la même position que le premier saisissant; le tiers saisi lui a causé un préjudice, et il en doit la réparation. Mais si la seconde saisie est postérieure au payement fait par le saisi, le créancier saisissant ne peut pas dire que le payement a été fait à son préjudice; il a saisi une créance éteinte pour moitié par un payement partiel, et à son égard le tiers saisi avait le droit de payer, puisqu'il n'avait pas formé opposition; dès lors il ne pouvait plus saisir qu'une somme de 6,000 francs, la moitié de la dette; l'autre moitié est définitivement éteinte à son égard.

Nous avons supposé que le premier créancier saisissant vient par contribution avec le second, ce qui implique que le fait seul de la saisie ne lui donne aucun droit exclusif sur la créance saisie. Cela n'est guère douteux aussi longtemps qu'il n'y a pas de jugement qui condamne le tiers saisi à payer entre les mains du saisissant. La saisie-arrêt est pratiquée en vertu du droit de gage que la loi donne au créancier sur les biens de son débiteur. Ce droit ne permet pas au créancier de s'approprier les biens appartenant à son débiteur; il lui permet seulement de saisir-arrêter le payement que le tiers saisi voudrait ou devrait faire à son créancier. L'opposition ne lui donne aucun droit exclusif sur la créance; un pareil droit serait en contradiction avec le principe d'où dérive l'opposition; c'est parce que les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers, que chacun d'eux peut saisir-arrêter ce qu'un tiers doit à son débiteur; mais la loi dit que les biens sont le gage *commun* des créanciers, tous ont donc un droit égal sur ce qu'un tiers doit à leur débiteur; le droit du second créancier saisissant est absolument identique au droit du premier; il est donc impossible que le premier ait un droit sur la chose saisie, à l'exclusion du second. Le code de procédure le dit quand la saisie-arrêt porte sur des effets mobiliers : ils sont vendus dans ce cas et le prix en est distribué, dit l'article 579, confor-

mément aux règles que le code trace au titre de la *Distribution par contribution*. C'est dire que tous les créanciers ont dans les effets saisis un droit égal proportionné au montant de leur créance. Ce qui est dit des effets mobiliers s'applique aussi aux créances, sauf que, dans ce cas, il n'y a pas lieu de vendre; les créanciers exercent directement leur droit sur les sommes payées par le tiers saisi.

552. La jurisprudence est en ce sens (1); mais elle est très-divisée sur la question de savoir jusqu'à quel moment les créanciers sont admis à former opposition, alors qu'une première saisie-arrêt a été pratiquée. D'après la doctrine de la cour de cassation de France, le jugement qui valide la saisie-arrêt et ordonne au tiers saisi de payer entre les mains du saisissant, transporte la créance saisie au créancier saisissant, bien entendu après que le jugement a acquis force de chose jugée. Il y a des arrêts de cours d'appel en sens contraire; cette dernière opinion a été consacrée par la cour de cassation de Belgique, et elle est suivie par nos cours d'appel. A notre avis, c'est la bonne opinion.

Il faut remonter au principe qui sert de fondement à la saisie-arrêt; c'est le droit de gage que les créanciers ont sur les biens de leur débiteur. Quand ces biens ne sont pas dans la main du débiteur, celui-ci a une action personnelle ou réelle pour les réclamer; les créanciers peuvent exercer l'action en son nom, dit l'article 1166. La loi ne dit pas que les créanciers agissent en leur nom personnel, et elle ne pouvait pas leur donner ce droit. En effet, le droit de gage, en vertu duquel les créanciers agissent, n'est pas un droit de propriété; il serait absurde de le prétendre, puisque les créanciers n'ont d'action sur ces biens que parce qu'ils appartiennent à leur débiteur; pour que ces biens deviennent la propriété des créanciers, il faut qu'ils les saisissent et que la distribution s'en fasse entre eux. La saisie-arrêt ne change rien

(1) Bourges, 3 février 1836 (Dalloz, au mot *Saisie-arrêt*, n° 427). Gand, 4 décembre 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 259). Bruxelles, 17 décembre 1845 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 150).

à cette manière de procéder; l'article 579 du code de procédure le prouve. Qu'est ce donc que le jugement qui valide la saisie-arrêt? Ce jugement déclare que le créancier a eu le droit de saisir, que la saisie est régulière, qu'en conséquence, il pourra exercer ses droits sur les choses saisies. Est-ce à l'exclusion des autres créanciers? Non, le juge n'a pas le droit d'attribuer à un seul créancier un bien qui est le gage de tous; après le jugement comme avant, la chose saisie est dans le patrimoine du débiteur, elle peut donc encore être saisie par ses créanciers. Quand le droit de saisie-arrêt cesse-t-il? Lorsque la chose est sortie du patrimoine du débiteur; or, elle ne sort de son patrimoine que par la distribution qui en est faite entre les créanciers (1).

Cette doctrine est en harmonie avec les principes qui régissent l'action des créanciers saisissants. Ils agissent en vertu de l'article 1166; or, le créancier qui exerce un droit de son débiteur ne profite pas seul du bénéfice de son action; la chose saisie entre dans la masse commune pour être distribuée, avec les autres biens du débiteur, à ses créanciers. S'il n'y a pas d'autres créanciers qui se présentent, il va sans dire qu'il ne peut être question d'un ordre ni d'une distribution. La somme saisie sera alors remise au créancier saisissant en vertu du jugement qui a ordonné cette remise. Mais jusqu'au moment de la remise, la chose continue à appartenir au saisi; c'est le bien du débiteur sur lequel le créancier exerce son droit. La conséquence en est que tout créancier peut former opposition jusque-là; et dès qu'il y a opposition, il y a lieu à distribution. C'est seulement lorsque la somme saisie est payée au créancier saisissant qu'elle cesse d'appartenir au débiteur, et, par suite, ses créanciers, s'il en a, ne peuvent plus la saisir, car le droit de gage de l'art. 2092 ne donne pas aux créanciers le droit de suite.

(1) Paris, 30 juin 1826, 11 novembre 1841 et 11 mai 1842 (Dalloz, au mot *Saisie-arrêt*, n° 446). Rennes, 19 juillet 1820, très-bien motivé (Dalloz, *ibid.*). Cassation de la cour de cassation de Belgique. 14 janvier 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 1, 61). Bruxelles, 27 juin 1840 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 90). Liége, 7 juillet 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 37).

553. La jurisprudence française, et surtout celle de la cour de cassation, décide que le jugement qui valide une saisie-arrêt, avec une injonction au tiers saisi de payer entre les mains du saisissant, opère, au profit des créanciers qui l'ont obtenu, un *transport judiciaire* des sommes dues et les rend propriétaires exclusifs de la somme saisie. On en conclut que les autres créanciers du débiteur saisi ne peuvent plus rien réclamer, pas même former tierce opposition au jugement où ils n'ont pas été parties (1). La cour de cassation admet que la chose saisie reste dans le domaine du débiteur saisi jusqu'à ce que le jugement ait obtenu force de chose jugée; mais, à partir de ce moment, le débiteur saisi cesse d'être propriétaire: la chose saisie devient la propriété du saisissant, d'où la conséquence que les autres créanciers ne peuvent plus la saisir-arrêter. Dans un arrêt plus récent, la cour fait une réserve. Quand même le jugement serait passé en force de chose jugée, il ne peut annuler des droits antérieurement acquis à d'autres créanciers par leur opposition, le jugement n'ayant pour objet que de *reconnaître le droit du saisissant*, mais non de statuer sur les droits respectifs des divers créanciers (2).

Cette réserve, nous semble-t-il, détruit la jurisprudence de la cour dans sa base. Les premiers arrêts affirment que le jugement opère *attribution* et *transport* au saisissant (3); c'est-à-dire que le jugement est un acte translatif de propriété, tandis que le dernier arrêt n'y voit plus qu'une *reconnaissance* des droits du saisissant. La différence est grande entre les deux formules; à notre avis, la dernière seule est exacte. Nous nions que le jugement opère transport de la créance. Qu'est-ce que le juge est appelé à décider? Sa mission est-elle d'*attribuer* des droits et de les *transporter* d'une partie à l'autre? Non, certes; l'article 711 dit que la propriété se transmet par l'effet

(1) Rejet, 15 avril 1856 (Dalloz, 1856, 1, 252).
(2) Rejet, chambre civile, 1er août 1849 (Dalloz, 1849, 1, 287). Cassation, 13 juin 1860 (Dalloz, 1860, 1, 479). Cassation, 13 février 1865 (Dalloz, 1865, 1, 79).
(3) Cassation, 30 janvier 1842 (Dalloz, au mot *Saisie-arrêt*, n° 445, 6°).

des obligations, il ne dit pas qu'elle se transfère par l'effet des jugements. C'est créer un mot nouveau et un droit nouveau que de parler du *transport judiciaire*. Alors même que la vente se fait en justice, ce n'est pas la justice qui vend, c'est le saisi qui, étant propriétaire, transmet la chose à l'adjudicataire. Quand les biens des débiteurs saisis, vendus, se distribuent entre les créanciers, est-ce le jugement qui transporte la propriété? C'est le saisi qui paye, en justice, il est vrai, mais qu'importe? C'est toujours un payement, et c'est ce payement qui transporte la propriété. Bien moins encore peut-il être question d'un *transport judiciaire*, lorsque le juge valide une saisie-arrêt. Le texte de la loi et les principes résistent à cette interprétation. D'après l'article 579 du code de procédure, la saisie-arrêt est suivie de la distribution, c'est-à-dire du payement; c'est le payement qui transfère la propriété, et le payement ne peut se faire que par le créancier. Le *transport judiciaire* est une invention de la jurisprudence; les cours d'appel ont hésité à prononcer le mot tout en admettant la chose; l'une dit qu'il résulte du jugement *une espèce* de cession ou subrogation judiciaire; une autre dit que c'est une *sorte* de transport (1). Ces hésitations, ce langage vague, qui semble reculer devant la doctrine qu'il consacre, témoignent contre cette doctrine. La cour de cassation a beau affirmer que le jugement opère transport; affirmer n'est pas prouver.

551. L'article 1242 suppose que le tiers saisi paye le saisi au préjudice des créanciers saisissants. La loi ne prévoit pas le cas où le tiers paye le premier créancier saisissant, malgré l'existence d'autres oppositions. Est-il libéré à l'égard de ceux-ci ou doit-il réparer le préjudice qu'il leur a causé, et leur payer ce qu'ils auraient obtenu dans une distribution contributoire des deniers saisis? Si les autres créanciers ont formé leur saisie avant le jugement qui a validé l'opposition du premier saisissant, la

(1) Lyon, 24 août 1827. Rennes, 24 mars 1835 (Dalloz, au mot *Saisie-arrêt*, nº 445, 2º et 4º). Il y a un arrêt de la cour de Nancy, très-bien motivé, en faveur de cette opinion (23 août 1824, *ibid.*, nº 445, 1º); mais les meilleurs raisonnements échouent contre le texte de l'article 2092.

solution n'est pas douteuse, même dans la doctrine consacrée par la jurisprudence française. Le jugement qui a prononcé la validité de la saisie n'a pas pu porter atteinte aux droits des autres créanciers saisissants; les droits de tous ceux qui ont formé saisie étant égaux, tous doivent avoir une part proportionnelle dans la somme saisie. La question s'est présentée devant la cour de cassation et a été décidée en ce sens. On prétendait, pour le tiers saisi, qu'il avait une action en répétition contre le créancier payé au préjudice des autres, parce que ce créancier avait reçu plus qu'il ne lui était dû. Cette prétention ne fut pas admise; le créancier payé avait reçu ce qui lui était dû; si le tiers saisi était tenu de désintéresser les autres, c'est qu'il leur avait causé un préjudice par sa faute; c'est à celui qui commet une faute à en répondre; le tiers saisi ne pouvait faire retomber sur le créancier payé les conséquences d'une faute qui ne lui était nullement imputable (1). Il nous reste quelque doute sur cette partie de l'arrêt : la répétition de l'indû est admise, malgré la bonne foi de celui qui reçoit ce qui ne lui est pas dû; or, dans l'espèce, le créancier qui a été payé intégralement a reçu ce qui, relativement aux autres créanciers, ne lui était pas dû; il n'aurait pas pu demander au tiers saisi plus que sa part contributoire, donc ce qui lui a été payé au delà lui était payé indûment. Si c'est par erreur, il y avait lieu à la répétition de l'indû.

N° 5. QUELLE CHOSE LE DÉBITEUR DOIT-IL PAYER?

555. L'article 1243 dit que le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due. La raison en est bien simple, c'est que le débiteur doit remplir son obligation, telle qu'il l'a contractée; c'est donc la chose due qui doit être payée. De là suit que le débiteur ne peut pas offrir à son créancier une autre chose, quand même la valeur de la chose offerte serait

(1) Rejet, chambre civile, 11 février 1867 (Dalloz, 1867, 1, 377).

égale ou plus grande. L'article 1243 le dit en termes formels. Une novelle avait dérogé à la rigueur des principes en permettant au débiteur d'une somme d'argent qui n'avait ni argent, ni meubles pour en faire, d'obliger son créancier à recevoir en payement des héritages pour l'estimation qui en serait faite, si mieux n'aimait le créancier lui trouver un acheteur. Cette novelle, dit Pothier, n'avait jamais été reçue en France. Elle violait le droit sous prétexte d'équité. Vainement opposait-on que le créancier est sans intérêt à refuser une chose d'une valeur plus grande ; on répond que ce n'est point une question d'intérêt ; les intérêts respectifs ont été réglés par la convention ; dès qu'elle est formée, elle fait loi, et le débiteur ne peut pas se dispenser d'observer une loi par le motif que le créancier n'aurait aucun intérêt à en exiger l'accomplissement (1).

556. Les contrats forment la loi des parties ; mais il leur est permis de révoquer leurs conventions et, par conséquent, d'y déroger par consentement mutuel (art. 1134). Il suit de là que le créancier peut consentir à recevoir une autre chose que celle qui lui est due. C'est ce qu'on appelle une dation en payement. Je vous dois un cheval, vous consentez à recevoir 1,000 francs en acquit de ma dette. La dation en payement ressemble à une vente ; nous dirons, au titre de la *Vente*, quelles sont les différences. Parfois la dation en payement ressemble à un échange. Le cas s'est présenté devant la cour de cassation. Le débiteur devait une fourniture d'orge de Saumur, le créancier réclama un échantillon ; on lui envoya et il reçut sans protestation un échantillon d'orge de la Sarthe. Toutefois l'acheteur réclama, parce que les destinataires anglais refusèrent de recevoir la fourniture ; mais le refus n'était fondé que sur le retard qu'avait éprouvé l'expédition du chargement. D'ailleurs le refus des destinataires ne dispensait pas l'acheteur de remplir ses obligations ; si la cour relève ce fait, c'est pour marquer que dans l'inten-

(1) Pothier, n° 530. Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 121 (Locré, t. VI, p. 170). Jaubert, Rapport, n° 14 (Locré, t. VI, p. 208).

tion de toutes les parties, l'orge livrée équivalait à celle qui avait été stipulée (1).

537. L'article 1245 consacre une conséquence du principe établi par l'article 1243. On suppose qu'il s'agit de la dette d'un corps certain et déterminé. Lors du payement, la chose est détériorée. Le débiteur, dit l'article 1245, est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve lors de la livraison. C'est la chose due que le débiteur livre, donc il remplit l'obligation que lui impose l'article 1243. Cela suppose que les détériorations ne lui sont pas imputables; car le débiteur doit conserver la chose avec les soins d'un bon père de famille (art. 1137). C'est ce que dit l'article 1245 : « Pourvu que les détériorations qui sont survenues à la chose ne viennent point de son *fait* ni de sa *faute*. » On a cru que la loi dérogeait au principe général des fautes, en ajoutant que le débiteur répondait de son *fait*, alors même que le fait ne constituait aucune *faute*. Ce serait une dérogation inexplicable, puisque l'article 1245 dirait le contraire de ce que dit l'article 1137, et le contraire de ce que dit l'article 1302, qui prévoit la même hypothèse; aux termes de ce dernier article, le débiteur est libéré lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation vient à périr sans sa *faute*. Ainsi le débiteur ne répond pas de la perte totale, dès qu'il n'y a aucune faute de sa part, et l'on veut qu'il réponde de la perte partielle, alors qu'elle ne lui est pas imputable! Les auteurs du code ont copié Pothier, dont le langage n'a pas toujours la précision désirable. On peut, du reste, expliquer l'expression : le *fait* ou la *faute;* le mot *fait* indique une faute commise par omission et le mot *faute* implique un manque de soins, de diligence (2). Toujours est-il que le mot *faute* suffisait, puisqu'il comprend tout.

Le débiteur répond parfois des détériorations sans qu'il y ait une faute personnelle à lui reprocher; d'abord, dit l'article 1245, lorsque la chose a été détériorée par la

(1) Rejet, 31 juillet 1850 (Dalloz, 1850, 1, 236).

(2) Pothier, n° 544. Aubry et Rau, t. IV, p. 157, note 4, § 318. En sens contraire, Duranton, t. IV, p. 151, n° 95.

faute des personnes dont le débiteur est responsable ; nous traiterons de cette responsabilité au titre des *Quasi-délits*.

De ce que la loi dit que le débiteur est tenu des détériorations occasionnées par les personnes dont il est responsable, faut-il conclure, comme le font Delvincourt et Toullier, qu'il ne répond pas des détériorations causées par des tiers? Non ; il est vrai que Pothier le dit, mais il le dit seulement comme règle générale; il est certain qu'en général le fait d'un tiers est assimilé à un cas fortuit ; mais nous répondons aussi des cas fortuits quand ils sont l'effet de notre faute. Le débiteur est tenu dès que le fait dommageable peut lui être imputé ; tel est le principe (art. 1147); or, le fait du tiers lui est imputable, s'il avait pu l'empêcher en prenant les précautions nécessaires (1).

Le débiteur répond encore des détériorations fortuites quand elles sont survenues après qu'il était en demeure. C'est l'application du principe général établi par l'article 1302 : un des effets de la demeure est que le débiteur répond du cas fortuit. L'article 1302 y met une restriction qu'il faut aussi faire dans le cas de l'article 1245; la règle suppose que la chose ne se serait pas détériorée si elle avait eté livrée au créancier, mais s'il est prouvé que le cas fortuit l'eût frappée quand même elle aurait été remise au créancier, il n'y a plus de raison pour rendre le débiteur responsable du cas fortuit.

558. « Si la dette est d'une chose qui ne soit déterminée que par son *espèce*, le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure *espèce*, mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise. » On a fait la remarque que cet article emploie le mot *espèce* dans deux sens très-différents; d'abord pour dire que la dette n'a pas pour objet un corps certain et déterminé, que c'est la dette d'un *genre*, comme on disait en droit romain ; puis, comme synonyme de *qualité*, c'est l'expression que la loi

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 158, note 5, § 318, et les auteurs qui y son cités.

emploie dans l'article 1022. Quant au motif de la disposition, il se rattache à l'article 1134, d'après lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi; or, la bonne foi ne permet pas de demander une chose de la meilleure qualité, obligation à laquelle le débiteur probablement n'a pas entendu se soumettre; la bonne foi ne permet pas non plus au débiteur d'offrir au créancier une chose de la plus mauvaise espèce, parce qu'il n'est pas probable que le créancier ait voulu s'en contenter (1).

559. Les dettes les plus fréquentes sont celles qui ont pour objet une somme d'argent. Elles donnent lieu à plusieurs difficultés. On demande d'abord si elles doivent être payées en espèces métalliques ou si le débiteur peut payer en billets de banque. Il est certain que le débiteur ne peut pas offrir des billets de banque; ce serait forcer le créancier à recevoir autre chose que ce qui lui est dû; la conséquence du principe établi par l'article 1243 est donc que le débiteur doit payer en espèces métalliques. Le tribunal de commerce de Lyon avait jugé en sens contraire en se fondant sur l'usage. Sa décision a été cassée. La cour de cassation a jugé que le porteur d'une lettre de change, stipulée payable en France, dans une des places de commerce de l'empire, avait droit d'exiger son payement en monnaie ayant cours légal en France. Or, la loi seule pourrait donner à une valeur de crédit un cours forcé qui l'assimile à des espèces ayant cours légal, et aucune loi n'a accordé aux billets de la Banque de France un pareil privilége. Il y a, au contraire, un avis du conseil d'Etat du 24 germinal an XII, approuvé par l'empereur, qui décide que les billets de la Banque de France n'étant que de pure confiance, le porteur d'une lettre de change a toujours le droit d'exiger son payement en numéraire (2). Il en est de même en Belgique des billets de la Banque Nationale; ils sont reçus en payement dans les caisses de l'Etat, mais ils n'ont pas de cours forcé pour les particuliers (3).

(1) Duranton, t. XII, p. 138, n° 90. Demolombe, t. XXVII, p. 219, n° 252.
(2) Cassation, 7 avril 1856 (Dalloz, 1856, 1, 217).
(3) Lois du 20 mai 1872 et du 5 mai 1850.

560. Une loi française du 12 août 1870 a donné cours forcé aux billets de la Banque de France. On a demandé s'il était permis aux parties contractantes de déroger à cette loi en stipulant que le payement se ferait en numéraire. La question est controversée (1). La négative ne nous paraît pas douteuse, quant aux conventions faites sous l'empire de la loi de 1870; elle a eu pour objet de conjurer une crise imminente, c'est donc une loi d'intérêt général ou une loi d'ordre public, dans l'acception la plus large du mot, partant les particuliers n'y peuvent pas déroger par leurs conventions (art. 6). La cour de cassation a jugé que même les conventions antérieures à la loi, et faites en prévision des circonstances qui se sont réalisées, cessaient d'être obligatoires pendant la durée de la loi qui force les particuliers à recevoir des billets de banque à titre de monnaie. Cette décision est très-juridique; le droit de la société domine le droit de l'individu; les particuliers ne peuvent donc jamais opposer leurs conventions à une loi d'ordre public (2). Que l'on ne dise pas que c'est faire rétroagir la loi nouvelle, puisqu'elle vient rompre des conventions antérieures; la réponse est simple et péremptoire : il est de l'essence des lois de police et de sûreté de rétroagir; on ne concevrait pas que le droit de l'Etat pût être tenu en échec par une convention d'intérêt privé.

561. La remise de billets à ordre ou de lettres de change est-elle un payement réel? Non, c'est une promesse de payer, ce n'est pas un payement réel. Il suit de là que si l'obligation est nulle, le débiteur peut demander la nullité des billets, sans qu'on puisse lui opposer le payement dans les cas où le payement empêcherait l'action en répétition. Des lettres de change sont tirées et acceptées à l'ordre du tireur qui les avait transmises par voie d'endossement. A l'échéance, le porteur demande le

(1) Voyez, pour la négative, une brochure de M. Daniel de Folleville, extraite du tome XXXII de la *Revue pratique;* pour l'affirmative, une dissertation de M. Boistel (Dalloz, 1873, 1, 177).
(2) Cassation, 11 février 1873 (Dalloz, 1873, 1, 177). Aix, 23 novembre 1871 (Dalloz, 1872, 2, 51).

payement. Le signataire oppose que les lettres de change ont été créées pour payer une dette de Bourse consistant en règlement de différences, c'est-à-dire une dette de jeu. Cette défense fut rejetée par la cour de Paris; elle jugea que l'action du signataire tendait à la répétition de ce qui avait été payé en acquit d'une dette de jeu, répétition que la loi n'admet point. La cour de cassation cassa cette décision; si l'article 1967 ne permet pas au perdant de répéter ce qu'il a payé, c'est quand il y a eu payement réel; or, la remise de billets à ordre et de lettres de change ne constitue qu'une promesse de payer plus tard. Le porteur n'a pu, en transmettant ces effets à un tiers, changer la nature de l'obligation; le souscripteur a donc conservé le droit d'opposer au tiers porteur, lorsque celui-ci connaît la cause de la dette, toutes les exceptions qu'il pouvait opposer au porteur primitif. Par suite, s'il est obligé de payer à un tiers porteur de bonne foi, il a droit d'appeler en cause le porteur primitif et de demander à son égard la nullité des traites souscrites en prouvant que ces traites sont sans cause ou fondées sur une cause illicite (1). Il en serait de même si l'obligation avait été contractée sous forme civile et acceptée par le perdant; la forme, civile ou commerciale, ne change rien aux principes; la dette reste toujours une dette de jeu, et l'on ne peut pas dire que le perdant l'ait payée, puisque de fait et de droit il est encore débiteur. L'esprit de la loi est en harmonie avec les textes. La cour de cassation dit très-bien que reconnaître la promesse de payer, comme un équivalent au payement, ce serait offrir à la cupidité et à la passion des joueurs un moyen d'éluder la prohibition de la loi. Le perdant ne peut donc pas se dépouiller du droit d'opposer l'exception de nullité résultant de la cause de son obligation; si le tiers cessionnaire est protégé par sa bonne foi et si le signataire doit payer, il aura son recours contre le créancier primitif (2).

(1) Cassation, 12 avril 1854 (Dalloz, 1854, 1, 180).

(2) Rejet, chambre civile, 4 décembre 1854 (Dalloz, 1854, 1, 413). Comparez Rejet, 4 novembre 1857 (Dalloz, 1857, 1, 441). Angers, 24 août 1865 (Dalloz, 1866, 2, 211).

Les mêmes principes reçoivent leur application aux obligations souscrites, n'importe sous quelle forme, pour cause illicite : tels sont les billets souscrits au profit d'une concubine comme prix du concubinage; telle serait encore une rente constituée au profit de la concubine. Ce qui a été payé est-il sujet à restitution? Sur ce point, il y a controverse; nous avons traité la question ailleurs. Ce qui est certain, c'est que la promesse de payer n'équivaut pas au payement; par conséquent celui qui l'a souscrite peut toujours en demander la nullité (1).

562. Le débiteur ne peut pas payer en toutes espèces métalliques; le payement doit se faire en monnaies d'or ou d'argent, avec une restriction quant aux pièces de 20 et de 50 centimes, ainsi que celles d'un franc et de 2 francs, qui n'ont cours légal entre particuliers que comme monnaie d'appoint, jusqu'à concurrence de 50 francs seulement pour chaque payement. Quant aux monnaies de cuivre et de billon, elles ne peuvent être employées dans les payements que pour l'appoint de la pièce de 5 francs, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de 4 fr. 95 centimes (2).

La loi belge du 21 juillet 1866 contient la même disposition pour les pièces d'argent de 2 francs, d'un franc, de 50 et de 20 centimes (art. 5) (3). Quant aux pièces en cuivre de 5 et de 10 centimes, elles ont cessé d'avoir cours légal à partir du 10 mars 1869 (loi du 6 mars 1869). Elles ont été remplacées par une monnaie de nickel de 5, 10 et 20 centimes. Aux termes de la loi du 20 décembre 1860 (art. 7), nul n'est tenu d'accepter en payement plus de cinq francs en monnaie de nickel.

563. C'est dans la monnaie ayant cours en Belgique que les payements doivent être faits; la monnaie qui n'a pas de cours légal ne doit pas être reçue, parce qu'elle n'est pas considérée comme monnaie. Cela est évident

(1) Rejet, 2 février 1853 (Dalloz, 1853, 1, 57). Grenoble, 30 avril 1858 (Dalloz, 1858, 2, 164). Voyez le tome XVI de mes *Principes*, p. 220, n° 146).

(2) Loi du 14 juillet 1866, art. 5. Décret du 18 août 1810.

(3) La loi de 1866 approuve la convention monétaire conclue entre la Belgique, la France, l'Italie et la Confédération suisse.

pour les monnaies anciennes qui ont été démonétisées. Cela est vrai aussi des monnaies étrangères, à moins qu'elles ne soient reçues en Belgique en vertu d'un traité : telle est la convention monétaire intervenue, en 1866, entre la Belgique, la France, l'Italie et la Confédération Suisse.

Les parties contractantes pourraient-elles stipuler que le payement se fera en une monnaie étrangère n'ayant pas cours en Belgique? D'après l'article 143 du code de commerce, cette stipulation est admise dans les lettres de change : elles doivent être payées dans la monnaie qu'elles indiquent. Il en serait de même dans les conventions civiles, parce qu'il y a même motif de décider. Les conventions concernant la monnaie dans laquelle le débiteur doit payer se font dans l'intérêt des parties contractantes, et les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les font, à moins qu'elles ne soient contraires à l'ordre public; et il n'y a rien de contraire à l'ordre public à stipuler une monnaie dont on peut avoir besoin (1).

Si le créancier consent à recevoir de la monnaie indigène, au lieu et place de la monnaie étrangère qu'il a stipulée, il faudra lui tenir compte non-seulement de la valeur courante de la monnaie étrangère au lieu où la convention a été passée, mais de la valeur intrinsèque de cette monnaie convertie en argent de Belgique (2).

564. D'après quelle valeur comptera-t-on les monnaies s'il y a eu augmentation ou diminution dans le cours légal? L'article 1895 établit à cet égard le principe suivant en matière de prêt : « L'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat. » Cette disposition, générale de sa nature, aurait dû être placée au titre des *Obligations*; tout le monde admet qu'elle doit être appliquée dans toute espèce de conventions. Le principe formulé par l'article 1895 dérive de la nature même de la monnaie : c'est un moyen d'échange. Ce que les parties considèrent dans

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 159, note 9, § 318.
(2) Bordeaux, 26 janvier 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1755).

la monnaie, c'est la valeur que la loi y attache; parce que c'est cette valeur qui représente le prix des choses, c'est plutôt la somme que les espèces qu'elles ont en vue.

De là suit la conséquence établie par le deuxième alinéa de l'article 1895 : « S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du payement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme, dans les espèces ayant cours au moment du payement. » Nous empruntons un exemple aux éditeurs de Zachariæ. Si une loi réduisait à 4 fr. 95 centimes la valeur de la pièce de 5 francs, celui qui devrait payer depuis la loi nouvelle une somme de 1,000 francs serait-il libéré en payant 200 pièces de 5 francs, comme il aurait pu le faire au moment du contrat? Non, 200 pièces de 5 francs ne représentent plus 1,000 francs, il en faut 202, plus un appoint de 10 centimes. Si l'on suppose, au contraire, que la valeur de la pièce de 5 francs soit portée à 5 francs 5 centimes, le débiteur d'une somme de 1,000 francs, d'après l'ancienne loi, devrait-il encore payer 200 pièces de 5 francs? Non, il se libérerait au moyen de 198 pièces et un appoint de 10 centimes; ce qui fait, d'après la loi nouvelle, la somme de 1,000 fr. (1).

565. Les parties peuvent-elles déroger à la règle que les payements de sommes d'argent doivent être faits d'après la valeur nominale des espèces à l'époque où ils se font? Non; car cette règle, dit Pothier, est de droit public, c'est-à-dire d'intérêt général, et les parties contractantes ne peuvent pas déroger aux lois qui sont portées dans l'intérêt de la société (art. 6). On objecte l'article 143 du code de commerce, qui permet de stipuler que le payement se fera dans une monnaie n'ayant pas cours légal là où le débiteur paye sa dette. La réponse est facile et péremptoire. En stipulant que le payement se fera en une monnaie étrangère, les parties ne dérogent certes pas à la loi belge, puisqu'elle leur permet de faire cette stipulation. Tout autre serait la convention qui donnerait à une

(1) Duranton, t. XII, p. 141, n° 91. Aubry et Rau, t. IV, p. 159, note 11, § 318.

monnaie belge une valeur différente de celle que la loi lui attribue; une pareille convention déroge à la loi, et à une loi d'ordre public; ce qui décide la question (1).

N° 6. COMMENT LE PAYEMENT DOIT-IL SE FAIRE?

I. *Principe général.*

566. Aux termes de l'article 1244, « le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le payement d'une dette, même divisible. » L'article 1220 formule le même principe. « L'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. » Pourquoi le débiteur ne peut-il pas faire un payement divisé? A cette question l'on répond d'ordinaire que le créancier a intérêt à recevoir un payement intégral. Mauvaise réponse, à notre avis. Il serait prouvé que le créancier n'a aucun intérêt à refuser le payement divisé, qu'il pourrait néanmoins le refuser en répondant que c'est son droit; et l'intérêt ne l'emporte jamais sur le droit, c'est, au contraire, le droit qui domine sur l'intérêt. On réclame au nom de l'équité, en taxant de dureté le créancier opulent qui ne permet pas à un débiteur gêné de s'acquitter par parties. Au point de vue moral, cela peut être vrai, mais au point de vue juridique, l'équité ne peut être invoquée contre la loi, sinon le juge serait au-dessus du législateur. Toullier dit très-bien : « La justice a sur les yeux un bandeau pour ne pas voir ces considérations personnelles qui ne font que trop souvent fléchir la balance entre les mains des magistrats : ils doivent juger les raisons et non les personnes; ils doivent juger d'après les lois et non juger les lois. » C'est là ce qui fait l'importance du principe élémentaire que pose l'article 1244; la loi permet d'y déroger par des considérations d'humanité, mais il a fallu une disposition expresse pour donner cette faculté au juge.

(1) C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Duranton, t. XII, p. 145, n° 93 (Aubry et Rau, t. IV, p. 159, note 12, § 318. Demolombe, t. XXVII, p. 224, n° 259).

Dans le silence de la loi, le juge ne peut jamais subordonner le droit à l'équité.

Après cela, il est facile de prouver que le créancier a un intérêt au payement intégral, comme le débiteur peut en avoir un au payement divisé; ces intérêts se débattent lorsque le contrat se fait. Le débiteur peut stipuler la faculté de payer par parties; s'il ne le fait pas, il reconnaît par cela même l'intérêt qu'a le créancier à recevoir un payement intégral. On a toujours intérêt, dit Pothier, à recevoir tout à la fois une grosse somme avec laquelle on fait ses affaires, plutôt que plusieurs petites sommes en différents temps qui se dépensent imperceptiblement à mesure qu'on les reçoit. On place plus difficilement de petites sommes que des capitaux plus considérables. Voilà l'intérêt de tous les créanciers; quand ce sont des commerçants ou des industriels, ils peuvent avoir un intérêt majeur à recevoir le payement intégral sur lequel ils comptent pour faire de leur côté les payements auxquels ils sont tenus, On s'apitoie sur le débiteur, mais dans le monde des affaires il n'y a pas de créancier qui ne soit aussi débiteur; et il n'y a qu'un seul moyen de concilier tous ces intérêts, c'est de maintenir la loi des contrats. Celui qui s'oblige à payer 10,000 francs doit payer cette somme intégralement, sinon il manque à ses engagements; c'est altérer la convention, et non l'exécuter que de l'exécuter par parties (1).

567. Le principe de l'indivisibilité du payement suppose qu'il n'y a qu'une dette, un créancier et un débiteur. En traitant des obligations indivisibles et divisibles, nous avons dit que la dette se divise quand le débiteur meurt laissant plusieurs héritiers, de même que la créance se divise entre les héritiers du créancier. Il en serait de même si dès le principe il y avait plusieurs débiteurs non solidaires, ou plusieurs créanciers non solidaires(2). Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut.

568. Le principe de l'indivisibilité du payement sup-

(1) Pothier, n° 534. Toullier, t. IV, 1, p. 73, n° 70. Colmet de Santerre, t. V, p. 344, n° 183 et 183 *bis* I.

(2) Duranton, t. XII, p. 128, n° 84.

pose une seule et même dette. Si le débiteur a contracté plusieurs dettes envers son créancier, il va sans dire qu'il peut payer chaque dette séparément, quand même toutes seraient exigibles ; le créancier ne pourrait pas refuser le payement de l'une des dettes que le débiteur lui offre sous le prétexte que le débiteur lui offre un payement partiel, car le débiteur paye intégralement ce qu'il doit en acquittant l'une des dettes en son entier. Comme on l'a dit, l'article 1244 établit le principe de l'indivisibilité de la dette, et non de l'indivisibilité de toutes les dettes.

Ce principe reçoit son application aux intérêts et arrérages, ainsi qu'à tous les payements qui se font par annuités, tels que fermages et loyers. Il faut distinguer si le débiteur a un capital à payer et des intérêts, ou s'il ne doit payer que des annuités. Dans le premier cas, les intérêts sont un accessoire du capital, la dette principale et la dette accessoire ne forment qu'une seule et même dette. Il suit de là que le débiteur ne peut pas se borner à offrir la somme principale ; le créancier n'est pas obligé de la recevoir, si on ne lui paye en même temps tous les intérêts qui lui en sont dus. C'est par application de ce principe que le débiteur qui fait des offres réelles à son créancier doit lui offrir la totalité de la somme exigible, les arrérages et les intérêts dus ; et s'il y a eu des poursuites, les frais liquidés et une somme pour les frais non liquidés (art. 1258, n° 3) (1).

Quand les intérêts seuls sont exigibles, chaque année forme une dette à part. Le débiteur de plusieurs années d'arrérages peut obliger le créancier à recevoir le payement d'une année, quoiqu'il ne lui offre pas en même temps le payement des autres années. Il en est de même des loyers et fermages; chaque terme échu forme une dette à part ; le créancier ne peut donc pas refuser un terme que le débiteur lui offre, par la raison qu'il n'offre pas tout ce qui est échu : chacune de ces échéances constitue une dette à part.

Pothier ajoute que le créancier ne peut pas être forcé

(1) Pothier, *Des obligations*, n°s 539 et 534.

à recevoir les dernières années avant les précédentes. Il donne comme motif de décider ce que Dumoulin disait : ce payement dérangerait les comptes du créancier. Le motif n'a pas paru très-sérieux; il y en a un autre qui est d'une gravité incontestable : les intérêts, arrérages et loyers se prescrivent par cinq ans (art. 2277); il importe donc beaucoup au créancier que les plus anciennes dettes soient acquittées les premières. La loi elle-même le décide ainsi : quand le débiteur de plusieurs dettes fait un payement partiel, sans qu'il y ait d'imputation faite ni par le débiteur ni par le créancier, la loi veut que l'imputation se fasse sur la dette la plus ancienne si les dettes sont d'égale nature. On dira que le débiteur serait libre de faire l'imputation sur la moins ancienne. Nous dirons plus loin que le débiteur ne peut pas faire une imputation qui soit préjudiciable au créancier, et il ne peut pas non plus faire un payement qui compromette ses droits (1).

569. Le principe de l'indivisibilité du payement reçoit des exceptions, d'abord en cas de compensation. Les deux dettes s'éteignent de plein droit jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. Donc quand la quotité diffère, celui qui reste créancier reçoit un payement divisé; la compensation le payant pour partie, il ne peut demander le payement que de ce qui lui reste dû. En réalité, ce n'est pas une atteinte portée au droit du créancier; car s'il pouvait réclamer comme créancier ce qui lui est dû, il devrait immédiatement le rendre comme débiteur, la compensation ne fait rien qu'éviter des traditions inutiles.

Si le débiteur de plusieurs dettes fait un payement partiel, sans déclarer quelle dette il entend acquitter et si la quittance ne contient aucune imputation, la loi la fait d'après les distinctions que nous expliquerons : toutes choses égales, dit l'article 1256, elle se fait proportionnellement. Le créancier n'a pas le droit de se plaindre; il reçoit, il est vrai, un payement partiel, mais il tenait à lui de le refuser ou de l'imputer comme il le voulait, puis-

(1) Pothier, nº 539. Demolombe, t. XXVII, p. 210, nº 241.

que c'est le créancier qui dicte l'imputation quand le débiteur ne la fait pas.

Il y a une troisième exception en matière de cautionnement. Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur, elles jouissent du bénéfice de division. Cela ne veut pas dire que la dette se divise de plein droit entre elles, l'article 2025 dit qu'elles sont obligées chacune à toute la dette; le créancier peut donc poursuivre chacun des cofidéjusseurs pour la dette entière, mais sur cette poursuite la caution peut opposer le bénéfice de division; nous dirons, au titre du *Cautionnement*, quels sont les effets de cette division de la dette (art. 2026).

Il va sans dire que les parties contractantes peuvent déroger au principe de l'indivisibilité du payement; ce principe n'est établi que dans l'intérêt du créancier, il y peut donc renoncer. Comment se divisera, en ce cas, le payement? Cela dépend de la convention des parties; en cas de doute, le juge l'interprétera dans l'intérêt du débiteur, c'est le droit commun (art. 1162); mais ce n'est pas le juge, dans ce cas, qui autorise la division du payement; c'est un droit pour le débiteur, ce n'est pas un terme de grâce.

Il en est autrement quand le juge, usant du droit que lui donne l'article 1244, accorde des délais au débiteur en considération de sa position. C'est le délai de grâce, dernière exception au principe de l'indivisibilité du payement; nous en traiterons à part.

II. *Du délai de grâce.*

570. Le terme de grâce est une exception à la rigueur des principes : le créancier a droit à un payement intégral et le juge le divise. Dans l'ancienne législation, l'exception menaçait de devenir la règle, en ce sens que le créancier ne pouvait jamais compter sur l'exécution de la convention. Le roi accordait des *lettres d'état* aux personnes employées ou censées employées au service de l'Etat : ces lettres contenaient une surséance à toutes poursuites. Toullier dit qu'on les accordait le plus sou-

vent au crédit et à l'intrigue. On délivrait aussi, sous le nom du roi, des *lettres de répit*. Elles étaient adressées aux juges et leur permettaient d'accorder au débiteur un délai raisonnable, qui ne pouvait excéder cinq ans. Si nous en croyons Toullier, ces lettres étaient ordinairement données à des négociants qui, sous l'égide de la surséance, insultaient à leurs malheureux créanciers par un luxe insolent et les forçaient à traiter à des conditions ruineuses. Il était défendu aux juges d'accorder aucun terme, répit ni délai de payer qu'en conséquence de ces lettres; toutefois l'ordonnance de 1669 leur permettait, quand ils condamnaient au payement de quelque somme, de surseoir l'exécution de la condamnation pendant *trois mois* au plus. C'était une troisième espèce de délai de grâce. Les débiteurs avaient donc bien des moyens de se soustraire aux poursuites légitimes de leurs créanciers (1).

L'ancien régime, que les hommes du passé voudraient ressusciter, était le régime des abus. Il fut détruit en 1789. Le roi n'intervient plus dans les relations d'intérêt privé pour favoriser le débiteur aux dépens du créancier. Cependant les auteurs du code civil ont maintenu le délai de grâce; l'article 1244 permet au juge d'accorder des délais modérés au débiteur en considération de sa position et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve (2). Il importe de préciser les motifs pour lesquels le législateur autorise les juges à déroger à la loi du contrat. Après avoir établi le principe de l'indivisibilité du payement, l'orateur du gouvernement ajoute : « Si néanmoins le débiteur se trouvait dans des circonstances telles que, *par des motifs d'humanité*, ou peut-être dans l'intérêt même du créancier, les juges fussent convaincus que, sans porter préjudice à ce créancier, ils feraient un acte d'*humanité* en accordant des délais modérés pour le payement; la loi les y autorise, mais en leur rappelant le respect qu'ils doivent aux contrats et en les avertissant de n'user

(1) Toullier, t. III, 2, p. 404, n°s 653 et 654.
(2) Il y a encore, en Belgique, une législation spéciale sur les sursis. Voyez la *Dissertation sur les sursis*, de M. Albert Callier, p. 46 et suiv., et la loi du 18 avril 1854, titre IV.

de ce pouvoir qu'avec la plus grande réserve. » Le rapporteur du Tribunat expose avec une grande force les motifs que l'on peut invoquer contre le délai de grâce. « Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Comment donc les juges pourraient-ils substituer leur volonté à celle de la loi? Qui ne sait que le moindre retard peut causer les plus grands malheurs à un créancier? Le retard ne peut-il pas mettre le créancier lui-même dans l'impossibilité de remplir ses propres engagements? » Il faut des motifs très-graves pour que le juge s'interpose entre le créancier et le débiteur. Jaubert les expose avec non moins de force : « N'est-il pas vrai qu'un débiteur de bonne foi peut se trouver dans de telles circonstances que le retardement ne puisse lui être imputé à crime, et qu'il y aurait une dureté excessive de la part du créancier qui ne lui accorderait pas de délai? Un débiteur n'a que des immeubles, il se donne notoirement les plus grands mouvements pour les vendre : doit-il subir toutes les calamités trop souvent attachées à l'expropriation forcée, dans le cas surtout où le créancier n'éprouve pas des besoins pressants? La justice n'est-elle pas aussi l'équité naturelle? L'*humanité* n'a-t-elle pas ses droits? » Jaubert termine en disant que dans l'ancienne jurisprudence les juges étaient autorisés à accorder quelque chose à l'équité. « Aurions-nous pu, s'écrie-t-il, changer en ce point la législation dans notre code où le peuple français veut trouver à chaque pas l'équité à côté de la justice? » L'orateur du Tribunat s'exprime dans le même sens; c'est toujours l'*humanité* qu'il invoque pour justifier la dérogation que la loi permet au juge d'apporter au contrat (1).

571. Nous avons insisté sur les motifs qui seuls justifient le délai de grâce; ils décident d'avance une question capitale qui s'élève en cette matière. On demande si les parties peuvent convenir que le débiteur ne demandera point de terme de grâce. La question est très-controversée; nous n'hésitons pas à dire qu'une pareille convention

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 122 (Locré, t. VI, p. 169). Jaubert, Rapport, n° 16 (Locré, p. 208). Mouricault, Discours, n° 37 (Locré, p. 251).

serait nulle. L'article 6 dispose que les particuliers ne peuvent déroger par leurs conventions aux lois qui concernent l'ordre public. Quelles sont ces lois? Nous avons répondu ailleurs que l'on entend par lois concernant l'ordre public d'abord celles qui règlent l'état et la capacité des hommes, puis, dans un sens plus large, les lois qui concernent l'intérêt général (1). L'article 1244 est-il d'intérêt général? est-il d'ordre public? Il serait difficile de le nier en présence des déclarations faites par les auteurs du code civil : l'*humanité* n'est-elle pas d'intérêt général? Vainement dira-t-on qu'il s'agit de l'intérêt du débiteur. Sans doute, mais on oublie que le créancier a plus qu'un intérêt, qu'il a un droit. Eh bien, la loi sacrifie ce droit. Est-ce à l'intérêt du débiteur? à un intérêt privé? Cela serait injustifiable. Le législateur doit respecter les droits, il ne doit jamais les sacrifier à un intérêt privé. Mais il y a un autre intérêt en cause, pour mieux dire, un autre droit, le droit de l'humanité. C'est ce droit général qui l'emporte sur le droit du créancier et qui permet d'écouter l'intérêt du débiteur.

On oppose la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat. Cambacérès demanda si l'article 1244 autoriserait le juge à prononcer la division du payement, même lorsqu'il y aurait une stipulation contraire; à son avis, c'était donner trop de pouvoir aux tribunaux. Regnaud abonda dans cette critique : plus la loi laisse de latitude aux tribunaux pour modifier les conventions, dit-il, moins il existe de crédit. Bigot-Préameneu, rapporteur de la section de législation, répondit qu'il n'avait pas été dans l'intention de la section de donner cette étendue au pouvoir des tribunaux (2). Il est donc certain, dit Toullier, que l'intention des rédacteurs du code et celle du conseil d'Etat n'ont pas été d'autoriser le juge à donner un délai au débiteur au mépris de la stipulation contraire qui forme la loi du contrat (3). La discussion que nous venons d'analyser n'a

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 83, nos 47-49.
(2) Séance du 18 brumaire an XII, nº 46 (Locré, t. VI, p. 91).
(3) Toullier, t. III, 2, p. 407, nº 658. Aubry et Rau, t. IV, p. 164, note 26, § 319.

pas l'importance qu'on lui donne. C'est une simple opinion du rapporteur de la section de législation; le conseil d'Etat n'a pas émis de vote, il a adopté la disposition proposée; mais quel sens y attachait-il? On l'ignore. Si une pareille conversation se passait dans nos chambres, certes elle ne lierait pas les tribunaux. Elle les lie bien moins encore quand il s'agit de quelques paroles échangées au conseil d'Etat; car ce n'est pas le conseil d'Etat qui faisait la loi, il la préparait seulement, le Tribunat y intervenait, puis le Corps législatif la votait. Or, dans les discours prononcés devant le Corps législatif, il n'est plus question de l'interprétation que Bigot-Préameneu avait donnée au projet de code civil. A notre avis, il eût fallu plus qu'une opinion émise au conseil. Il s'agissait de déroger à l'article 6, qui contient une disposition fondamentale. Or, une exception demande un texte. Cela nous paraît décisif (1).

Les motifs que l'on donne pour l'opinion contraire nous fortifient dans la nôtre. Si la loi, dit-on, avait voulu proscrire les conventions contraires à l'article 1244, elle se serait exprimée sur ce point, comme elle l'a fait dans beaucoup d'autres cas. Nous répondons que la loi a parlé en posant la règle générale écrite dans l'article 6; il n'est donc pas vrai de dire que la loi est muette et que, dans le silence de la loi, le principe de la liberté des conventions doit être respecté. La vraie difficulté réside dans l'interprétation de l'article 6. L'excellent auteur que nous combattons dit que les considérations d'humanité que l'on a fait valoir pour justifier le délai de grâce ne se lient pas assez étroitement aux règles générales et fondamentales sur lesquelles repose la société pour que l'on puisse voir dans l'article 1244 une disposition d'ordre public (2). Il y aurait donc des degrés dans l'ordre public, un ordre public qui vicie les conventions et un ordre public qui ne les vicie point. Et comment saura-t-on quand il y a un

(1) Demolombe, t. XXV, p. 557, n° 592, d'après Delvincourt et Marcadé.

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 350, n° 183 *bis* IX. Comparez Larombière, t. III, p. 147, n° 28 de l'article 1244 (Ed. B., t. II, p. 176).

ordre public suffisant pour entraîner la nullité? C'est, en définitive, abandonner au sentiment individuel de chacun la décision de la question de savoir si une disposition est d'ordre public ou non. Ainsi, au lieu d'un principe, nous avons l'arbitraire le plus illimité. Telle est, en réalité, la pratique judiciaire. Telle cour affirme que l'article 1244 est d'ordre public (1), telle cour affirme qu'il n'est pas d'ordre public (2), sans ajouter un mot pour motiver leurs décisions. Cela prouve, quoi que l'on en dise, qu'il faut un principe, une définition quelconque de ce que l'on entend par ordre public, sinon on discute dans le vide et on décide sans motif de décider.

572. L'article 1244 dit que les juges peuvent, en considération de la position du débiteur, accorder des délais modérés pour le payement. Qu'est-ce que la loi entend par *position du débiteur?* Au conseil d'Etat, Treilhard, membre et souvent rapporteur de la section de législation, expliqua dans quel esprit la disposition devait être appliquée. On a supposé, dit-il, un débiteur qui, prouvant par le tableau de sa situation qu'il est solvable, demande un court délai pour une partie du payement. Dans ce cas, le juge le condamnera pour la totalité, mais il graduera les termes du payement. Jaubert s'est exprimé dans le même sens au Tribunat : il suppose un débiteur solvable, mais ne parvenant pas à vendre ses immeubles (3). Dans ce cas, les créanciers eux-mêmes ont intérêt à ce qu'un terme soit accordé au débiteur, puisque la vente, si on la faisait, pourrait être tellement désavantageuse que le prix ne suffirait point pour les désintéresser. Faut-il faire de ces explications une règle d'interprétation (4)? Ce serait entendre la loi dans un sens trop restrictif : si réellement les créanciers sont intéressés à accorder un délai, ils le donneront, le juge n'aura pas besoin d'intervenir. Si le juge est appelé à accorder un

(1) Colmar, 29 juillet 1850 (Dalloz, 1852, 2, 239).
(2) Bordeaux, 29 avril 1840 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1773, 2°).
(3) Conseil d'Etat, 18 brumaire an XII, n° 46 (Locré, t. VI, p. 91). Jaubert, Rapport, n° 16 (Locré, t. VI, p. 208).
(4) Aubry et Rau le font (t. IV, p. 163, note 21, § 319). Comparez Demolombe, t. XXV, p. 567, n° 599.

délai, c'est qu'il y a conflit d'intérêts, et dans ce conflit le juge exerce, par la force des choses, un pouvoir discrétionnaire. Cambacérès demandait au conseil d'Etat si la cour de cassation pourrait contrôler la décision des juges du fait. La négative est si évidente que nous ne comprenons pas que la question ait été agitée. Il a été décidé par la cour de cassation de France que le pouvoir du juge est purement discrétionnaire et abandonné à sa conscience. La cour en a conclu que le silence du juge sur des conclusions par lesquelles un délai de grâce lui est demandé prouve suffisamment qu'il n'a pas cru trouver dans la cause des motifs pour accorder un pareil délai, d'où la conséquence que le jugement n'est pas nul pour défaut de motifs (1). La cour de cassation de Belgique s'est prononcée dans le même sens (2).

Nous citerons, non comme règle d'interprétation, mais comme exemple, une espèce qui a été jugée par la cour de Colmar. Il y avait des créanciers intéressés à ce qu'un délai fût accordé aux débiteurs; d'autres, plus rigoureux et n'ayant rien à risquer parce qu'ils étaient premiers inscrits, poursuivaient l'expropriation. Or, les immeubles étaient généralement dépréciés; ils l'étaient surtout dans la commune où se trouvaient les biens qui auraient dû être vendus, un incendie avait consumé presque tout le village, de sorte que l'on ne trouvait pas d'acheteurs. Qu'en serait-il résulté? La ruine certaine des débiteurs et la perte de leurs créances pour les créanciers postérieurs en rang à ceux qui exerçaient les poursuites. C'était le cas d'accorder un sursis qui ne nuisait à personne, permettait peut-être aux débiteurs de satisfaire les plus rigoureux de leurs créanciers et donnait aux autres l'espoir de voir leur position améliorée quand les immeubles auraient repris leur valeur (3). C'est le cas que l'on avait prévu au conseil d'Etat.

573. On a demandé si le juge devait tenir compte de la position du créancier. D'après le texte, non; la loi se

(1) Rejet, 7 juin 1859 (Dalloz, 1860, 1, 21).
(2) Rejet, 24 décembre 1857 (*Pasicrisie*, 1858, 1, 58).
(3) Colmar, 29 juillet 1850 (Dalloz, 1852, 2, 238).

borne à dire que les termes doivent être modérés. Mais ne se peut-il pas que le juge doive refuser le délai de grâce parce que cette faveur ruinerait le créancier? Or, le créancier a droit au payement et le débiteur est obligé de payer; si l'un et l'autre sont dans une malheureuse position, le droit du créancier doit l'emporter : les tribunaux ne peuvent pas ruiner le créancier afin de ne pas ruiner le débiteur. Il est vrai que ce sont là des hypothèses extrêmes; en fait, il s'agit d'un préjudice plus ou moins grand qu'éprouve le débiteur ou le créancier : le juge doit concilier les intérêts opposés, et non sacrifier l'un à l'autre. C'est en ce sens que se sont exprimés l'orateur du gouvernement et le rapporteur du Tribunat (nº 570), et la jurisprudence est conforme. Avant d'accorder au débiteur un délai, dit la cour de Bordeaux, il faut considérer si la position du créancier ne s'y oppose pas. La cour jugea que la position du créancier ne permettait pas d'user, en faveur du débiteur, de la faculté que l'article 1244 laisse aux juges (1). La cour de Bruxelles, tout en accordant un délai, dit qu'il fallait le borner de manière à concilier l'intérêt du débiteur avec celui du créancier (2).

574. Le législateur a cherché à tempérer le pouvoir discrétionnaire qu'il était obligé d'accorder au juge; l'article 1244 veut que le juge use de ce pouvoir avec une grande réserve, il veut qu'il n'accorde que des délais modérés. Ce sont des recommandations qui s'adressent à la conscience du magistrat. Si le premier juge se laisse aller à une indulgence trop grande, en face de la misère du débiteur, c'est à la cour d'appel à modérer ce qu'il y a d'excessif dans ces décisions dictées par la pitié. Un tribunal de première instance avait accordé un délai de dix ans au débiteur : c'était faire un nouveau contrat. On était en 1816; l'invasion de l'Europe armée avait entraîné la chute de l'Empire : ces circonstances extraordinaires ébranlent toujours profondément le crédit et invitent la justice à venir au secours du débiteur. Ce sont les expres-

(1) Bordeaux, 30 août 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, nº 1774).
(2) Bruxelles, 16 novembre 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 295).

sions de la cour de Colmar, mais, ajoute la cour, il est évident qu'en accordant dix années les premiers juges ont excédé les limites qui leur étaient tracées par la loi (1).

575. Dans cette même espèce, on a prétendu que le tribunal de première instance avait violé l'article 1244 en accordant plusieurs termes au débiteur, et la cour semble être de cet avis, puisqu'elle dit qu'en accordant des délais il est nécessaire de ne pas déroger à l'indivisibilité de l'obligation. La question est de savoir si le juge doit maintenir l'obligation de payer le total de la dette, sauf à donner un délai plus ou moins long au débiteur pour l'acquitter, ou s'il peut diviser le payement par termes. Il nous semble que le texte et l'esprit de la loi décident la difficulté en faveur du débiteur. L'article 1244 commence par poser le principe de l'indivisibilité du payement : bien que la dette soit divisible, le payement en est indivisible entre le créancier et le débiteur, celui-ci ne peut donc pas payer sa dette en plusieurs termes quand la convention ne lui en accorde pas. Puis vient, dans le second alinéa, une exception à cette règle. L'exception est indiquée par le mot *néanmoins ;* or, si la règle est l'indivisibilité du payement, l'exception doit consacrer la divisibilité. C'est bien ce que dit le texte : les juges peuvent accorder des *délais* modérés pour le payement. Comme il est question d'un seul débiteur et d'une seule dette, le mot *délais,* employé au pluriel, marque que le juge peut donner plusieurs termes, c'est-à-dire diviser le payement. Tel est aussi l'esprit de la loi. Que veut le législateur? Accorder au débiteur une faveur qui lui permette de satisfaire son créancier en lui facilitant le payement. Or, le moyen de faciliter le payement, c'est de donner au débiteur la faculté de payer par termes. Il se trouve dans une position gênée : l'obliger à conserver ses économies ou ses revenus pour former le capital de la dette, c'est lui donner à chaque instant la tentation de dépenser, c'est-à-dire le mettre dans l'impossibilité de se libérer. La loi est faite pour le débiteur, il faut donc l'interpréter en sa

(1) Colmar, 18 août 1816 (Dalloz, au mot *Obligations,* nº 1769).

faveur. C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Duranton; on a si souvent réfuté ce qu'il dit, que nous croyons inutile de le répéter; nous renvoyons à Marcadé (1).

576. Le code de procédure limite le pouvoir du juge en disposant que, dans certains cas, le débiteur ne pourra obtenir un délai, ni jouir du délai qui lui aura été accordé.

Aux termes de l'article 124, le juge ne peut accorder un délai de grâce au débiteur lorsque ses biens sont vendus à la requête d'autres créanciers. La vente forcée des biens du débiteur est presque toujours une marque d'insolvabilité; or, le bénéfice n'est pas établi en faveur du débiteur insolvable; il est accordé au débiteur qui se trouve dans un embarras momentané, quoiqu'il soit au-dessus de ses affaires; de sorte que le débiteur, moyennant quelques ménagements, pourra satisfaire ses créanciers. Mais s'il y a des créanciers qui exproprient le débiteur, le juge ne peut plus lui accorder un délai sans compromettre les droits du créancier qui se verrait dans l'impossibilité de poursuivre son payement, alors que d'autres créanciers exécuteraient le débiteur.

Le débiteur failli ne peut plus obtenir un délai de grâce, et il perd celui qui lui aurait été accordé; la raison en est qu'en cas de faillite, il n'y a plus d'espoir que le débiteur puisse se relever, et si, par exception, la cessation des payements ne provenait que d'une gêne momentanée, le débiteur pourrait obtenir un sursis. Nous laissons de côté la matière du sursis, qui ne concerne que les commerçants. Faut-il étendre à la déconfiture ce que l'article 124 dit de la faillite? Au point de vue des principes, l'affirmative n'est guère douteuse, puisque la déconfiture est l'état d'insolvabilité, tandis que le failli peut ne pas être insolvable; il y a donc un argument *à fortiori* pour refuser au débiteur civil qui est insolvable une faveur que la loi refuse ou qu'elle retire au débiteur

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 101, note 7, § 319. En sens contraire, Duranton, t. XII, p. 133, n° 88. Comparez Marcadé, t. IV, p. 529, n° I de l'article 1244.

commerçant qui cesse ses payements. Un tribunal de première instance avait accordé un délai de grâce au débiteur, dans l'intérêt bien entendu des créanciers eux-mêmes, puisqu'il y avait toutes chances que les biens augmenteraient de valeur. La décision était équitable, mais contraire à la loi; elle fut réformée en appel par le motif que le débiteur en déconfiture ne pouvait ni obtenir un délai, ni jouir de celui qui lui avait été accordé, et le débiteur reconnaissait lui-même son insolvabilité (1).

Le code de procédure exclut encore du bénéfice de l'article 1244 le débiteur qui est en état de contumace. Que faut-il entendre par là? Une personne est en état de contumace quand elle se soustrait par la fuite aux poursuites de la justice criminelle. Puisque le mot a un sens légal technique, il faut l'entendre dans cette signification (code d'instr., art. 465 et suiv.) (2).

Le débiteur constitué prisonnier est également déchu du bénéfice de la loi; l'article 124 ne dit point si c'est pour dettes ou pour une infraction pénale que le débiteur est en prison. Puisque la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer (3).

Enfin, l'article 124 dit que le débiteur ne peut obtenir un délai, ni jouir du délai qui lui aura été accordé, s'il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier : ce sont les expressions de l'article 1188; nous renvoyons aux explications que nous avons données en traitant du terme conventionnel.

On enseigne qu'il faut étendre cette disposition au débiteur qui laisse passer, sans s'acquitter, l'un des termes que le juge lui avait accordés (4). Il y a, il est vrai, un motif d'analogie, mais l'analogie suffit-elle pour étendre des déchéances? A notre avis, non. Toullier dit que le

(1) Poitiers, 17 juin 1862 (Dalloz, 1864, 2, 22).

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 164, note 23, § 319. En sens contraire, Larombière, t. III, p. 152, n° 34 de l'article 1244 (Ed. B., t. II, p. 177), qui considère comme contumax le débiteur civil qui se cache.

(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 164, note 24. En sens contraire, Larombière, t. III, p. 152, n° 34 (Ed. B., t. II, p. 177).

(4) Toullier, t. III, 2, p. 418, n° 671. Aubry et Rau, t. IV, p. 164, note 25. En sens contraire, Larombière, t. III, p. 178, n° 35 (Ed. B., t. II, p. 178).

jugement qui, contre la loi du contrat, divise le payement en plusieurs termes renferme la condition implicite : si le débiteur paye à chaque terme. Si telle est l'intention du juge, il faut qu'il le dise ; nous ne connaissons pas d'autre condition implicite que celle que la loi établit. Il faut donc s'en tenir au principe que les déchéances sont de droit étroit.

577. Le code de commerce déroge à l'article 1244, en ce qui concerne les lettres de change et les billets à ordre ; les articles 157 et 187 défendent au juge d'accorder aucun délai pour le payement d'un effet négociable. Il a été jugé que cette exception doit être appliquée au cas où un fonctionnaire public a signé un billet à ordre ; il ne peut pas demander que le juge divise la dette, en ce sens que le créancier ne puisse faire de saisie-arrêt sur son traitement que par fractions (1).

L'exception établie pour les lettres de change et billets à ordre ne s'applique pas aux autres obligations commerciales (2). C'est le droit commun des exceptions d'être de stricte interprétation. On conçoit que des billets destinés à circuler et payables à jour fixe, doivent être acquittés : l'intérêt du commerce l'exige. Mais quand l'obligation se concentre entre le créancier et le débiteur, l'intérêt du commerce est hors de cause ; ces créances ne diffèrent point des créances civiles et doivent, par conséquent, rester soumises à la même règle.

578. L'article 1244 s'applique-t-il aux cas où la dette est constatée par un acte exécutoire, c'est-à-dire muni de la formule qui enjoint, au nom du roi, à tous les officiers publics de prêter la main à l'exécution forcée de l'acte? C'est une question très-controversée (3). Si l'on pouvait la décider en théorie, la solution serait très-facile. La disposition qui permet au juge d'accorder des délais au débiteur est fondée sur un motif d'humanité; elle est

(1) Bordeaux, 24 mars 1858 (Dalloz, 1859, 2, 6).
(2) Massé, *le Droit commercial*, t. IV, p. 54, nos 2143, 2144.
(3) Voyez, en sens divers, les autorités citées par Aubry et Rau, t. IV, p. 165, note 29 du § 319, et par Demolombe, t. XXV, p. 560, no 593, et la jurisprudence dans le Répertoire de Dalloz, no 1778.

donc absolument indépendante de la forme des actes qui constatent la créance. Qu'importe que le débiteur ait souscrit un acte notarié? Cela empêche-t-il qu'il puisse invoquer l'humanité, lorsque son créancier le poursuit? Un jugement même, en pure théorie, ne serait pas un obstacle. Mais il faut voir si nos lois consacrent cette théorie.

Quant aux jugements, nous avons une disposition formelle dans le code de procédure. L'article 122 porte : « Dans les cas où les tribunaux peuvent accorder des délais pour l'exécution de leurs jugements, ils le feront par le jugement même qui statuera sur la contestation et qui énoncera les motifs du délai. » Quel est le sens de cette disposition, et en quoi déroge-t-elle à l'article 1244? La loi suppose que le créancier poursuit son débiteur en justice; celui-ci est condamné, pourra-t-il demander un délai pour le payement qu'il a à faire en exécution du jugement? Non; l'article 122 dit que, s'il y a lieu d'accorder un délai, le juge doit l'accorder dans le jugement même par lequel il a condamné le débiteur à payer sa dette Une fois le jugement rendu, sans que le tribunal ait accordé un délai, il n'a pas le droit d'en suspendre l'exécution. Cette décision est fondée sur les principes qui régissent l'exercice de la justice. Quand le juge a rendu sa sentence, il a épuisé son pouvoir; il ne peut pas réformer ni modifier le jugement qu'il a porté. La loi détermine les moyens par lesquels une décision judiciaire peut être réformée : c'est l'opposition ou l'appel. Hors de là, le jugement est acquis aux parties et fixe leurs droits et leurs obligations. Dira-t-on que le débiteur s'adressera à un autre juge? Non; la loi d'abord fixe la compétence, et alors même que le débiteur pourrait assigner le créancier devant un autre juge, celui-ci n'a point le droit de réformer la décision du premier, cela ne se peut faire que par voie d'appel. Ainsi entendue, la disposition de l'art. 122 est aussi fondée en raison. Quand le juge a condamné le débiteur sans lui avoir accordé un délai, l'on doit croire que la position du débiteur n'était pas de nature à justifier la concession d'un délai; le débiteur n'au-

rait pas manqué de demander un délai si sa position lui avait permis d'invoquer l'article 1244. On dira que la position peut changer et qu'il faut bien supposer qu'elle a changé, puisque le débiteur réclame un délai. A cela on répond que ce cas arrivera bien rarement, puisque l'exécution suit de près le jugement, et pour des cas si rares, il ne fallait pas déroger à un principe fondamental de procédure (1).

Le sens que nous donnons à l'article 122 est consacré par la jurisprudence. On lit dans un arrêt de la cour de Colmar que le but évident de cette disposition est d'éviter des procédures frustratoires en refusant au débiteur le droit de demander des délais postérieurement à un jugement contradictoire intervenu sur le fond de la contestation. La cour en conclut que la clôture d'un ordre par le procès-verbal du juge ne fait pas obstacle à ce que l'adjudicataire obtienne du tribunal un délai pour le payement de son prix; en effet, ce procès-verbal n'est pas une décision judiciaire sur un débat entre créancier et débiteur : il est certain que le débiteur n'a pas été à même de demander un terme, car le juge commis à l'ordre n'a aucune qualité pour le lui accorder; on n'est donc ni dans le texte ni dans l'esprit de l'article 122 (2).

Autre est la question de savoir si les juges peuvent accorder un délai au débiteur quand des poursuites sont déjà commencées en vertu d'actes authentiques qui ne sont pas des jugements.

579. Que faut-il décider si le débiteur est poursuivi en vertu d'un acte notarié? Peut-il demander un délai? L'article 1244 semble décider la question en sa faveur, puisqu'il donne au juge un pouvoir général sans distinguer si la dette est constatée par acte authentique ou par acte sous seing privé. Mais le code contient encore une autre disposition sur la matière, c'est celle de l'art. 2212, qui est ainsi conçue : « Si le débiteur justifie, par baux authentiques, que le revenu net et libre de ses immeubles

(1) Mourlon, t. II, p. 606. Colmet de Santerre, t. V, p. 347, n° 183 *bis* VI. Larombière, t. III, p. 148, n° 29 de l'article 1244 (Ed. B., t. II, p. 176).
(2) Colmar, 26 novembre 1849 (Dalloz, 1852, 2, 56).

pendant une année suffit pour le payement de la dette, en capital, intérêts et frais, et s'il en offre la délégation au créancier, la poursuite peut être suspendue par les juges, sauf à être reprise s'il survient quelque opposition ou obstacle au payement. » La loi suppose que le créancier exerce des poursuites et que le débiteur en demande la suspension. Quelles sont ces poursuites? C'est l'expropriation forcée des immeubles du débiteur. En effet, l'article 2212 est placé sous la rubrique du titre et du chapitre qui traitent de l'expropriation forcée. En vertu de quels actes le débiteur peut-il être exproprié? L'article 2213 répond : « La vente forcée des immeubles ne peut être poursuivie qu'en vertu d'un *titre authentique et exécutoire.* » Quels sont ces titres? Il n'y en a pas d'autres que les actes notariés et les jugements. Donc, dans l'article 2212, il ne peut être question que de poursuites faites en vertu d'un jugement ou d'un acte notarié. Par conséquent, l'article s'applique au cas où le créancier exerce des poursuites contre son débiteur en vertu d'un acte notarié; en effet, ces poursuites tendent à l'expropriation du débiteur s'il ne paye pas la dette. Si tel est le sens de l'article 2212, il faut dire qu'il modifie l'article 1244. La loi, dans l'article 1244, donne au juge le droit d'accorder des délais au débiteur sans condition aucune, sinon que les délais doivent être modérés, tandis que l'article 2212 y met une condition très-rigoureuse et que bien peu de débiteurs pourront remplir. La conséquence serait grave, c'est que le débiteur ne peut pas obtenir de délai de grâce, dès que la dette est constatée par un acte authentique et exécutoire. Il en résulterait que la disposition de l'article 1244 serait d'une rare application, bien qu'elle semble donner au juge un pouvoir général et illimité.

Nous ne croyons pas que tel soit le sens de l'article 2212. On ne peut guère admettre que dans un seul et même code une disposition abroge l'autre; or, c'est à cela

(1) Amiens, 21 février et 16 avril 1850 (Dalloz, 1852, 2, 175). Caen, 7 mars 1849 (Dalloz, 1850, 2, 155). Comparez Demolombe, t. XXV, p. 562, n° 594, et p. 564, n° 595.

qu'aboutit l'interprétation que l'on donne à l'article 2212. Le créancier a-t-il un acte notarié, l'article 1244 devient inapplicable. N'a-t-il pas d'acte notarié, il obtiendra un jugement, et dans ce cas encore l'article 122 du code de procédure s'opposera à l'application de l'article 1244. Nous disons que l'article 2212 ainsi entendu déroge à l'article 1244; nous pourrions dire qu'il l'abroge. A notre avis, l'article 1244 reste applicable, alors même que le créancier aurait un acte notarié, alors même qu'il exercerait des poursuites, si ces poursuites ne sont pas des poursuites en expropriation forcée des immeubles du débiteur. Que l'article 1244 établisse une règle générale, cela n'est guère contestable; l'article 2212 ne peut donc être qu'une exception. Quelles sont les limites de cette exception? Nous avons répondu d'avance en disant que, d'après l'article 2213, les poursuites en expropriation peuvent avoir lieu en vertu d'un acte notarié aussi bien qu'en vertu d'un jugement. Donc le débiteur exproprié en vertu d'un acte authentique et exécutoire quelconque, ne peut plus invoquer l'article 1244, il ne lui reste que la ressource de l'article 2212. Ce qui revient à dire que la procédure en expropriation ne comporte pas de délai de grâce, et cela se conçoit; cette procédure est exceptionnelle et soumise à des règles qui lui sont propres; la loi fixe et échelonne tous les délais successifs des formalités à remplir. La suspension ne se comprend que dans le cas où il n'y a pas lieu de continuer l'expropriation, et tel est bien le cas prévu par l'article 2212; le créancier ayant une garantie complète dans la délégation qui lui est faite des revenus pendant une année, il n'y a plus de raison d'exécuter le débiteur. Cette remarque nous met sur la voie du motif pour lequel, en cas d'expropriation, le débiteur ne jouit plus du bénéfice de l'article 1244, que sous la condition rigoureuse de l'article 2212. Il n'y a que les débiteurs insolvables qui se laissent exproprier; or, en cas d'insolvabilité, le juge ne peut pas accorder de délai au débiteur.

580. L'explication que nous donnons de l'article 2212 est loin d'être généralement admise. Il est certain qu'elle

restreint singulièrement l'article 1244; il suffit que le créancier exproprie le débiteur pour que celui-ci ne puisse plus invoquer le bénéfice de l'article 1244. On a essayé de restreindre l'exception de l'article 2212 dans des limites plus étroites. Les uns disent que l'article 2212 déroge, non à l'article 1244, mais à l'article 122 du code de procédure, c'est-à-dire que le débiteur qui, en règle générale, ne peut pas obtenir un délai quand il est poursuivi en vertu d'un jugement, peut demander la suspension des poursuites en expropriation forcée, faites en vertu d'un jugement, s'il se trouve dans le cas prévu par l'article 2212 (1). Cette explication est inadmissible : comment veut-on que le code civil ait dérogé d'avance au code de procédure? Est-ce qu'on déroge à une loi à venir?

Colmet de Santerre qui admet cette première explication, la généralise et dit que l'article 2212 est applicable à toutes les hypothèses où par exception l'article 1244 ne peut être invoqué par le débiteur. Ainsi le débiteur se trouve dans un des cas prévus par l'article 124 du code de procédure; il ne peut demander le terme de grâce; toutefois il peut invoquer l'article 2212; cette disposition n'accorde pas une faveur au débiteur, car il ne peut s'en prévaloir qu'en donnant au créancier une garantie complète pour la sûreté de sa créance (2). Nous répondons ce que nous venons de répondre, c'est que nous ne concevons pas que les auteurs du code civil aient formulé l'article 2212 en vue des exceptions qui n'existent pas dans ledit code et qui n'ont été consacrées que par le code de procédure. Pour que l'article 2212 ait un sens, on doit le mettre en rapport avec l'article 1244, auquel il apporte une exception.

581. Il y a une doctrine plus radicale qui s'appuie sur l'article 122 du code de procédure et qui en induit que le juge ne peut accorder de délai dès qu'il y a un acte notarié. On interprète l'article 122 en ce sens qu'il ne permet au juge d'accorder un délai que lorsqu'il y a con-

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 607.
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 348, n° 183 *bis* VII.

testation entre le créancier et le débiteur; or, quand le créancier a un acte authentique, il n'y a plus matière à contestation, le créancier exécute le débiteur et cette exécution ne peut être arrêtée par la concession d'un délai (1). Nous avons répondu d'avance à l'objection en exposant le but et la portée de l'article 122 (n° 578). Il faut ajouter que l'interprétation que l'on donne au code de procédure est en opposition avec le code civil. L'article 1244 prévoit le cas où des poursuites sont exercées par le créancier contre le débiteur, ce qui suppose l'existence d'un acte authentique; donc l'acte authentique n'empêche pas le débiteur poursuivi de demander encore un délai (2), pourvu que ce ne soient pas des poursuites en expropriation forcée, car, dans ce cas, on tombe sous l'application de l'article 2212. Toute autre poursuite n'empêche pas le juge d'accorder un délai au débiteur.

On insiste et l'on invoque un principe constitutionnel, la division des pouvoirs. C'est le chef du pouvoir exécutif qui déclare l'acte exécutoire; le pouvoir judiciaire ne peut pas suspendre une exécution qui est ordonnée par le pouvoir exécutif. La cour de Pau a fait une réponse péremptoire à l'objection : c'est qu'il existe un pouvoir qui commande au roi et aux tribunaux, le pouvoir législatif; or, le législateur a prononcé, il a donné au juge le droit d'arrêter les poursuites, quoique ces poursuites se fassent en vertu d'un acte authentique (3).

Le tribunal qui a accordé un délai par un premier jugement peut-il en accorder un second par un jugement postérieur? Si le premier délai a été accordé pour l'exécution d'un jugement, la négative n'est point douteuse. Ainsi le juge condamne l'une des parties à des dommages-intérêts et lui accorde un délai pour le payement, peut-il, par un second jugement, lui donner un nouveau délai? Non, c'est le cas d'appliquer l'article 122; le juge

(1) Toullier, t. III, 2, p. 409, n° 660. Comparez Pau, 26 novembre 1807, et Bruxelles, 14 novembre 1811 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1777). Cassation, 14 mars 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 87).

(2) Bordeaux, 28 février 1814 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1778, 2°).

(3) Pau, 12 juin 1822 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1778, 2°).

doit statuer et il a statué par le jugement rendu sur le fond de la contestation; dès lors il est dessaisi, il ne peut pas sur la même cause rendre un second jugement, ce serait enfreindre l'autorité de la chose jugée. Le créancier a droit à l'exécution de la condamnation après l'expiration du délai fixé par le juge : celui-ci ne peut pas lui enlever ce droit (1).

En est-il de même si le juge n'a pas eu à décider le fond de la contestation, s'il n'est intervenu que pour statuer sur une demande en délai? Nous le croyons; car il est toujours vrai de dire que le juge a été saisi d'une contestation concernant le délai, il l'a décidée; dès lors il a épuisé sa mission. Lui demander un second délai, c'est demander qu'il rende un second jugement dans la même affaire, car l'affaire est identique; en faisant droit à la demande, le juge modifierait sa première décision, il porterait atteinte à la chose jugée (2).

582. Quel est l'effet du délai de grâce? L'article 1244 dit que le juge peut, en accordant des délais modérés pour le payement, surseoir l'exécution des poursuites. Ainsi le créancier ne peut plus faire d'actes de poursuite, ni actionner son débiteur, ni saisir ses biens, et s'il a commencé des poursuites au moment où le délai est accordé, il doit les suspendre jusqu'à ce que le délai soit expiré. Alors il peut les continuer, car le délai de grâce ne les annule pas; il les suspend seulement, c'est ce que dit l'article 1244 : « Toutes choses demeurant en état. » Pourquoi la loi suspend-elle seulement les actes de poursuites faits par le créancier? Elle ne peut pas les annuler, puisque le créancier avait le droit de les faire, et loin d'annuler les actes faits légitimement, la loi les maintient, et leur donne la sanction de l'autorité publique. Cela est dans l'intérêt même du débiteur; si le créancier avait dû recommencer ses poursuites, il y aurait eu de nouveaux frais qui auraient été à charge du débiteur (3).

(1) Nancy, 3 juin 1871 (Dalloz, 1872, 5, 347).
(2) Toullier, t. III, 2, p. 409, n° 661. En sens contraire, Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1784.
(3) Colmet de Santerre, t. V, p. 347, n° 183 *bis* V.

583. L'article 1291 porte que le terme de grâce, à la différence du terme de droit, n'est pas un obstacle à la compensation; si le débiteur ne peut pas être poursuivi et forcé à payer, ce n'est pas que la dette ne soit exigible, elle l'est; le payement ne peut pas être exigé, parce que le débiteur n'est pas, pour le moment, en état de payer; mais s'il devient créancier de son créancier, rien ne lui est plus facile que de le payer par voie de compensation. Donc le terme de grâce ne pouvait empêcher la compensation.

584. D'après l'article 185 du code de procédure, le créancier peut faire les actes conservatoires de son droit. Les actes conservatoires ne sont pas des actes de poursuite; or, le créancier exerce ses droits, sauf qu'il ne peut poursuivre le débiteur. On demande si la saisie-arrêt est un acte de poursuite ou un acte de conservation? On peut dire que c'est l'un et l'autre; mais il suffit qu'elle ait le caractère d'une poursuite pour que le créancier ne puisse le faire. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute : elle veut accorder une faveur au débiteur par des considérations d'humanité; on espère qu'il pourra rétablir ses affaires dérangées momentanément, il faut pour cela lui laisser la disposition de ses biens; or, la saisie-arrêt l'empêche de rentrer dans la créance saisie. C'est une entrave qui peut entraîner un nouvel embarras, ce qui serait un mauvais moyen de mettre fin à la gêne où se trouve le débiteur (1).

Nº 7. QUAND LE PAYEMENT DOIT-IL SE FAIRE?

585. C'est la convention qui décide cette question. Accorde-t-elle un terme au débiteur, le payement est ajourné; le débiteur ne peut être forcé de payer que lors de l'échéance du terme, et alors encore il peut obtenir, s'il y a lieu, un terme de grâce.

Si la convention n'accorde pas de terme, le créancier peut en exiger l'exécution de suite. Quand le débiteur ne

(1) Voyez, en sens divers, Demolombe et les auteurs qu'il cite (t. XXV, p. 569, nº 603).

paye pas, il est en retard et ce retard peut devenir une demeure dans les cas et sous les conditions déterminées par la loi.

Nous renvoyons aux explications données sur le terme et sur la demeure.

586. Si la convention est conditionnelle, le créancier n'a pas d'action, puisque la condition suspend tous les effets de l'obligation. Non-seulement le débiteur ne peut être poursuivi, s'il payait, il pourrait répéter. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur la condition.

Nº 8. OU LE PAYEMENT DOIT-IL SE FAIRE?

587. « Le payement doit se faire dans le lieu désigné par la convention » (art. 1247). Faut-il une désignation expresse? On applique les principes généraux qui régissent les conventions. Elles peuvent être expresses ou tacites. Les conventions expresses se rencontrent très-souvent dans les baux qui stipulent d'ordinaire que le payement se fera au domicile du créancier. Il peut aussi y avoir convention tacite. On peut voir dans Toullier un exemple emprunté à l'ancienne jurisprudence (1). Nous rapporterons un cas qui s'est présenté sous l'empire du code civil. Dans l'espèce, le payement aurait dû se faire au domicile du débiteur, en vertu des règles établies par l'article 1247; mais, dans une lettre qui accompagnait la facture, le vendeur témoignait le désir de recevoir le prix à Liége; l'acheteur se borna à réclamer en ce qui concernait la qualité des marchandises; loin de s'opposer à la demande faite par le créancier que les fonds fussent remis à Liége, il lui adressa des billets en payement. Cette conduite de l'acheteur, dit la cour de Liége, prouvait ou qu'il y avait une convention antérieure, relative au payement, ou qu'il acquiesçait au désir du vendeur; il y avait donc convention expresse ou tacite indiquant le lieu du payement, par dérogation à l'article 1247. Il est vrai que les dérogations au droit commun s'admettent difficile-

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 84, nº 93.

ment; mais il s'agissait d'une matière commerciale; or, dit l'arrêt, les conventions entre commerçants s'établissent plus facilement que les transactions civiles (1).

588. Dans les polices d'assurances, il est d'usage de stipuler que la prime se paye au domicile de l'assureur, c'est-à-dire à la caisse de la compagnie ou chez les agents receveurs; et il y a d'ordinaire une clause de rigueur à laquelle les assurés ne font guère attention, mais que la compagnie ne manque pas d'invoquer quand il éclate un sinistre, c'est qu'il n'est pas dû d'indemnité pour les sinistres qui pourraient arriver dans l'espace de temps pendant lequel l'assuré serait en retard de payer la prime. Tel est le droit rigoureux; en fait, les compagnies y dérogent en touchant la prime chez les assurés. Ceux-ci, comptant sur cet usage, ne pensent pas à remplir l'obligation que la police leur impose, ils ne payent pas entre les mains des agents, et attendent que les agents se présentent chez eux. Un incendie éclate pendant que l'assuré est légalement en retard de payer la prime; la compagnie refuse l'indemnité. Il a été jugé, et avec raison, que l'usage de la compagnie avait dérogé à la convention, on ne pouvait pas dire que l'assuré fût en retard de payer sa prime lors du sinistre, puisque les agents de la compagnie étaient toujours venus la recevoir chez lui et qu'il devait croire qu'il en serait de même tant que la compagnie n'aurait pas manifesté la volonté de s'en tenir à la lettre du contrat. Or, l'assuré n'avait reçu d'avertissement que postérieurement au sinistre (2). La conduite des compagnies est louche, et les tribunaux font bien de leur apprendre que les conventions s'exécutent de bonne foi.

589. Il est stipulé que le payement se fera au domicile du créancier; postérieurement le créancier change de domicile : le débiteur doit-il payer au nouveau domicile, quand même ce payement lui serait plus onéreux? Pothier prévoit la difficulté et la décide en faveur du débiteur : la translation du domicile dans un lieu où le débiteur n'a

(1) Liége, 26 février 1839 (*Pasicrisie*, 1839, p. 36).
(2) Paris, 27 janvier 1837 (Dalloz, au mot *Assurances terrestres*, n° 182).

aucunes habitudes lui serait préjudiciable; or, le créancier ne peut pas par son fait aggraver la condition du débiteur; il faudra donc qu'il élise domicile dans le lieu où il était domicilié lorsque le contrat a été passé, ou qu'il indemnise le débiteur du préjudice que le changement de domicile lui cause. La décision de Pothier est suivie par les auteurs modernes, elle est fondée en droit et en équité (1).

590. Si le lieu n'est pas désigné par la convention et qu'il s'agisse d'un corps certain et déterminé, le payement doit être fait dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet. Pourquoi à ce lieu plutôt qu'au domicile de l'une des parties? Parce que, dit l'orateur du gouvernement, telle est l'intention présumée des parties contractantes. Pothier, à qui la disposition a été empruntée, donne un exemple qui fera comprendre la pensée du législateur. Je vends à un marchand de vins une récolte; c'est à lui de la faire prendre dans la grange et de la faire charger à ses dépens sur ses charrettes; mon obligation est de lui livrer le vin là où il était lors de la vente. Cela suppose qu'il s'agit de matières pondéreuses dont le transport occasionne des frais, c'est au créancier à les transporter là où il veut les avoir, ce n'est pas au débiteur à les déplacer. On ne doit donc pas prendre la disposition de l'article 1247 dans un sens trop absolu : c'est une interprétation que le législateur donne de la volonté des parties contractantes; elles peuvent avoir une volonté contraire, et elles sont admises à prouver quelle a été leur intention véritable; leur volonté, dit Bigot-Préameneu, fait loi pour le lieu du payement, comme sur le reste. Telle est aussi l'opinion des auteurs (2).

591. L'article 1247 ajoute : « Hors ces deux cas, le payement doit être fait au domicile du débiteur. » On peut donc dire que, dans le silence de la convention, le payement doit se faire en général au domicile du débi-

(1) Pothier, n° 549. Demolombe, t. XXVII, p. 235, n° 273.

(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 125 (Locré, t. VI, p. 169). Pothier, n° 548. Colmet de Santerre, t. V, p. 352, n° 186 *bis*. Demolombe, t. XXVII, p. 237, n°s 276-278.

teur, car les cas où le payement a pour objet un corps certain et déterminé sont peu fréquents; d'ordinaire il s'agit d'une somme d'argent ou de denrées. Pourquoi le payement se fait-il au domicile du débiteur? Il importe de constater le motif, nous en déduirons à l'instant les conséquences. On lit dans le discours de l'orateur du gouvernement : « Si l'objet de la dette est indéterminé, le débiteur peut invoquer la règle suivant laquelle, dans le silence du contrat ou dans le doute qu'il fait naître, il doit être interprété de la manière la moins onéreuse pour lui » (art. 1162). Jaubert, le rapporteur du Tribunat, s'exprime dans le même sens. « Lorsqu'il n'y a pas de convention, c'est le débiteur pour qui la loi se prononce, et avec raison. Toutes les fois que les parties ne se sont pas expliquées et qu'il faut interpréter, l'interprétation doit se faire en faveur du débiteur plutôt qu'en faveur du créancier; ce qui est fondé sur ce que tout est favorable pour la libération et que le créancier doit s'imputer de n'avoir pas rédigé les conditions avec plus de clarté (1). » Ainsi la règle de l'article 1247 ne résulte pas de la volonté des parties contractantes, c'est le législateur qui le veut ainsi, il se prononce pour le débiteur contre le créancier. Les parties sont libres de vouloir le contraire, mais il faut qu'elles le disent; si elles gardent le silence, l'interprétation se fait en faveur du débiteur.

592. La règle est donc que le créancier doit aller chercher la chose chez le débiteur; la dette est *quérable*. Le débiteur ne doit pas la porter chez le créancier : la dette n'est pas *portable*. Que faut-il décider si, depuis le contrat, le débiteur a changé de domicile? Est-ce au nouveau domicile ou à l'ancien que le payement devra se faire? La question est controversée. Nous croyons que c'est au domicile actuel du débiteur que le payement doit se faire. C'était l'opinion de Pothier, ce qui est d'un grand poids dans une matière où les auteurs du code ont suivi leur guide pas à pas. Le texte de l'article 1247 laisse la

(1) Exposé des motifs, n° 125 (Locré, t. VI, p. 169). Jaubert, Rapport, n° 17 (Locré, t. VI, p. 209).

question douteuse; on peut dire que le domicile où doit se faire le payement est celui de l'époque à laquelle la chose doit se payer, et que les parties ont dû songer à ce domicile. Cette interprétation n'est pas en harmonie avec l'esprit de la loi; le domicile, dans le deuxième alinéa de l'article 1247, n'est pas établi par la volonté des parties, c'est la loi qui l'établit dans le silence de la convention; il ne faut donc pas considérer ce que les parties ont pu penser, il faut consulter l'intention du législateur; or, il a voulu que, dans le doute, on se prononçât pour le débiteur; cela est décisif.

On objecte que cette décision est en contradiction avec l'opinion que nous avons émise sur une question analogue, celle de savoir si le débiteur doit payer au nouveau domicile du créancier, alors que le contrat porte que le payement se fera au domicile du créancier (n° 589). La contradiction n'est qu'apparente. Quand le payement se fait au domicile du créancier, c'est en vertu de la convention; et pour interpréter la convention, il faut consulter l'intention des parties contractantes. Au contraire, le payement se fait au domicile du débiteur en vertu de la loi, c'est donc l'intention du législateur qui décidera; or, dès qu'il y a doute, la loi se prononce pour le débiteur. Aussi croyons-nous que le débiteur ne devrait pas indemniser le créancier du préjudice que celui-ci éprouve de ce que le débiteur a changé de domicile. L'obliger à payer une indemnité, ce serait, sous une autre forme, l'obliger à faire le payement à son ancien domicile; ce serait donc se mettre en opposition avec la loi qui lui permet implicitement de changer de domicile (1).

593. Le débiteur, qui avait le droit de payer à son domicile, fait des payements dans une obligation successive, au domicile du créancier. Renonce-t-il par là au droit qu'il tient de la loi? Il a été jugé que ce payement n'emportait pas renonciation (2). Il faut considérer cet

(1) Demolombe, t. XXVII, p. 230, nos 269, 270. Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 162, note 15, § 319. En sens contraire, Duranton, t. XII, p. 158, n° 101. Comparez Larombière, t. III, p. 168, n° 8 (Ed. B., t. II, p. 184).
(2) Bordeaux, 17 juillet 1846 (Dalloz, 1848, 2, 167).

arrêt comme une décision d'espèce, et non comme une décision de principe. Sans doute personne n'est présumé renoncer à un droit qui lui appartient; mais ceux qui sont capables de disposer de leurs droits peuvent y renoncer, et la renonciation peut être expresse ou tacite. On l'admet pour le créancier (n° 588); pourquoi ne l'admettrait-on pas pour le débiteur? C'est naturellement au créancier de prouver que le débiteur a renoncé au droit que la loi lui donne, et cette preuve sera toujours très-difficile si l'on prétend qu'il y a renonciation tacite.

594. Quand le débiteur et le créancier ont des domiciles différents et que le débiteur envoie la somme qu'il doit, soit par la poste, soit par les messageries, soit par le chemin de fer, il s'élève une question de responsabilité. Les valeurs envoyées sont volées, qui répond du vol? Nous laissons de côté la responsabilité des administrations qui se chargent du transport des valeurs, elle est réglée par des lois spéciales. La question s'agite entre le débiteur et le créancier. Elle a été décidée contre le débiteur dans l'espèce suivante, le débiteur envoie au créancier, sur sa demande, une somme de 12,050 francs par l'entremise du chemin de fer du Nord, à la gare de Ham, bureau restant; le créancier se présente à la gare et en retire un group de 12,050 francs contre émargement, sans aucune vérification ni réserve. Rentré chez lui, il s'aperçoit que le sac ne contient que des chiffons de papier blanc. Il demande un nouveau payement. Le tribunal de commerce condamna le débiteur à payer une seconde fois et déclare la compagnie responsable du vol. Sur l'appel, la cour de Paris maintint la condamnation du débiteur et déchargea la compagnie parce que l'expéditeur n'avait pas pris toutes les précautions usitées pour les envois d'argent. Pourvoi en cassation; la cour confirma la décision; l'arrêt constate en fait que la perte des valeurs expédiées était due à l'imprudence du débiteur; ce qui était décisif (1).

(1) Rejet, 3 août 1870 (Dalloz, 1871, 1, 318).

N° 9. DES FRAIS DU PAYEMENT.

595. Aux termes de l'article 1248, les frais du payement sont à la charge du débiteur. Ces frais consistent dans les dépenses que nécessite la délivrance de la chose; nous y reviendrons au titre de la *Vente*, où est le siége de la matière. L'article 1247 entend surtout parler des frais de quittance. Pourquoi tous ces frais sont-ils à charge du débiteur? Il est de principe que les frais doivent être supportés par celui dans l'intérêt duquel ils se font : tels sont les frais de quittance, timbre, honoraires du notaire. Quant aux frais de délivrance, le débiteur étant tenu de délivrer, il doit naturellement payer la dépense que la délivrance occasionne.

596. En France, la caisse des consignations a prétendu que les anciens édits et usages lui donnaient le droit d'exiger une quittance notariée aux frais du créancier. La cour de cassation a rejeté ces prétentions. L'édit du 23 décembre 1611, que la caisse invoquait, ne dit pas ce qu'on lui faisait dire; et quant à l'usage, dit la cour, il n'a pas force de loi. Il y avait une réponse plus simple à faire, c'est que l'ancien droit est abrogé, la matière du payement et des frais auxquels il donne lieu étant réglée par le code (1), et un usage nouveau ne pourrait pas déroger à la loi.

§ II. *Effet du payement.*

597. La loi ne dit pas quel est l'effet du payement, et elle n'avait pas besoin de le dire. C'est un mode d'extinction des obligations, et le plus naturel de tous, puisqu'il consiste dans l'exécution de l'obligation; quand elle est exécutée, il n'y a plus de dette. Mais, bien que le principe soit simple, il n'en est pas de même des conséquences qui en dérivent.

Un premier point a donné lieu à difficulté. Le débiteur

(1) Loi du 30 ventôse an XII, art. 7 (t. Ier de mes *Principes*, p. 36, n° 25).

peut-il exiger que le créancier lui remette le titre qui constate la créance? La cour de cassation a consacré ce droit, qui n'est pas douteux : le débiteur, dit-elle, peut réclamer de son créancier, en échange de la somme payée, la remise du titre, quel qu'il soit, qui constate la créance; le créancier n'a, en général, aucun intérêt à le garder, tandis que le débiteur est très-intéressé à le posséder, puisqu'il peut perdre la quittance, ce qui permettrait au créancier de réclamer le payement une seconde fois. Nous disons qu'en général le créancier est sans intérêt; il se peut cependant qu'il soit intéressé à conserver un titre qui constate les obligations qu'il a à l'égard du débiteur; tel serait le cas où le débiteur aurait été condamné aux dépens sur une action en reddition de compte; le titre est libératoire pour le créancier aussi bien que pour le débiteur, puisqu'il met le créancier à l'abri d'une demande nouvelle; l'intérêt étant égal, le débiteur ne peut pas exiger que le créancier se dépouille d'un titre dont lui-même peut avoir besoin (1). Il faut que l'intérêt du créancier soit un intérêt juridique, c'est-à-dire un intérêt pécuniaire; un intérêt moral ne suffirait pas pour contrebalancer l'intérêt très-positif du débiteur. Les parties couvrent parfois leurs passions du nom d'intérêt moral. Une personne est condamnée, pour une lettre injurieuse, aux dépens pour tous dommages-intérêts. Ces dépens furent taxés à 70 francs 15 centimes. Le demandeur fit commandement à la partie condamnée de payer lesdits frais; celle-ci répondit par des offres réelles, à la charge par le demandeur de remettre au défendeur la grosse du jugement. Refus de remettre la grosse. Demande en validité des offres avec 2,000 francs de dommages-intérêts, plus 10 francs par chaque jour de retard dans la remise de la grosse. Le débat fut porté jusqu'en appel. La cour jugea que le débiteur peut, en payant, exiger la remise du titre; si l'on admet une exception à cette règle, c'est quand le créancier justifie d'un intérêt sérieux à la

(1) Rejet, chambre civile, 7 mars 1859 (Dalloz, 1859, 1, 119). Aubry et Rau, t. IV, p. 166, note 6, § 320.

conservation du titre; telle n'était pas la situation du créancier dans l'espèce; pour l'intérêt moral fort minime qu'il invoquait, il n'avait pas besoin de la grosse du jugement; il pouvait y suppléer par une expédition ou une simple copie (1).

598. Le principe que le débiteur peut, en payant, réclamer la restitution du titre reçoit exception pour le failli qui paye, en vertu d'un concordat, une partie de ce qu'il doit, l'autre partie lui ayant été remise. Il n'a, en réalité, aucun intérêt à la remise des titres; le concordat établit le montant de sa dette et la quittance prouve qu'il l'a payée. Dira-t-on que la remise du titre a pour objet de mettre le débiteur à l'abri d'une nouvelle action contre laquelle il ne pourrait pas se défendre s'il perdait la quittance? Le créancier peut répondre à l'objection en consentant à inscrire, en présence du débiteur, mention du payement sur le titre, outre la quittance. Cette offre désintéressera complétement le débiteur; ses prétentions à la remise du titre, dit très-bien la cour de Paris, n'ont, en réalité, pour objet que de donner l'apparence du payement intégral de sa dette à un payement qui, bien que libératif, n'est que partiel; or, il n'y a que le payement intégral qui justifie la remise du titre. Il reste une dette naturelle à charge du débiteur failli; quand il l'aura acquittée, il pourra rélcamer la restitution de l'acte (2).

599. Le payement éteint la dette quand il est intégral. Qu'arrivera-t-il si le débiteur qui a plusieurs dettes fait un payement partiel? Il faut que ce payement soit imputé sur l'une des dettes. Qui fera l'imputation? le débiteur ou le créancier? Le code trace sur l'imputation des règles que nous allons exposer.

Le payement peut être fait avec subrogation. Dans quels cas y a-t-il subrogation et quels en sont les effets? Nous exposerons les principes qui régissent cette difficile matière après avoir traité de l'imputation.

(1) Angers, 12 avril 1866 (Dalloz, 1866, 2, 111).
(2) Paris, 2 décembre 1865 (Dalloz, 1866, 5, 341). Jugement du tribunal de commerce de la Seine, 27 février 1865 (Dalloz, 1866, 3, 56).

ARTICLE 8. De l'imputation des payements.

§ Ier. *Quand y a-t-il lieu à imputation?*

600. Il y a lieu à imputation quand le débiteur de plusieurs dettes fait un payement partiel en ce sens qu'il ne suffit point pour acquitter tout ce qu'il doit (art. 1153). La condition essentielle pour qu'il y ait lieu à imputation, c'est qu'il existe plusieurs dettes à charge du débiteur qui fait un payement partiel. S'il n'y a qu'une dette, il n'y a pas lieu à imputer; le payement partiel, si le créancier consent à le recevoir, produira une extinction partielle de la dette : c'est une déduction, et non une imputation.

Il est parfois très-difficile de décider s'il y a une seule dette ou s'il y en a plusieurs. Cela arrive quand une dette comprend plusieurs chefs. Si les diverses dettes procèdent d'une seule et même cause, il n'y aura qu'une seule dette, quoique les divers éléments de cette dette soient soumis à des règles différentes. Telle est l'obligation du vendeur procédant de l'éviction. D'après l'article 1630, cette dette se compose 1° de la restitution du prix; 2° de celle des fruits, le cas échéant; 3° de celle des dépens; 4° des dommages-intérêts ainsi que des frais et loyaux coûts du contrat. Dans une espèce jugée par la cour de Grenoble, le vendeur prétendit que ces divers éléments de son obligation constituaient autant de dettes différentes; il demandait en conséquence que l'on appliquât les règles que l'article 1256 établit sur l'imputation légale, c'est-à-dire que les payements partiels par lui faits fussent imputés sur le prix, productif d'intérêts en vertu de la loi (art. 1652), tandis que les dommages-intérêts ne pouvaient produire d'intérêts qu'en vertu d'une demande judiciaire. La solution de la difficulté dépendait du point de savoir s'il y avait plusieurs dettes différentes, ou si les divers éléments de la dette naissant de l'éviction formaient une seule et même dette. C'est dans ce dernier sens que la question fut décidée par la cour de Grenoble. Il est certain que les diverses obligations énumérées par l'article 1633 ont une

même cause, la garantie dont le vendeur est tenu en cas d'éviction ; peu importe que la loi détaille les divers chefs dont se compose cette dette, peu importe même que ces divers chefs soient régis par des principes différents, il n'en est pas moins vrai que l'acheteur n'a qu'une créance contre le vendeur, il n'en a pas deux ou plusieurs ; le vendeur doit lui transférer la propriété, sinon il est tenu des réparations déterminées par l'article 1633, qui toutes ensemble tiennent lieu de l'obligation principale et unique du vendeur. La dette du vendeur étant une seule et même dette, il s'ensuit que l'acheteur pourrait refuser un payement partiel ; s'il l'accepte, il peut ne l'accepter que sous la condition de déduire ce qu'il reçoit de ce qui lui est dû à titre de dommages-intérêts, de dépens, de frais ou de restitution de fruits, de manière que le prix n'étant pas restitué, il continuera à porter des intérêts. Ce n'est pas là une imputation, car s'il s'agissait d'imputer, le vendeur, qui est débiteur, aurait le droit de dicter l'imputation ; loin de là, l'acheteur, qui est le créancier, pourrait refuser de recevoir le payement partiel que le vendeur lui offre. Il s'agit donc d'un créancier qui consent à recevoir un payement partiel à condition de le déduire, comme il l'entend, de tel ou tel élément qui compose sa créance (1).

601. Il ne suffit pas qu'il y ait plusieurs dettes, il faut aussi qu'elles soient de choses fongibles de même espèce. Quand les dettes ont pour objet des corps certains, il ne peut pas être question d'un payement partiel qui s'impute sur l'une ou l'autre de ces dettes. L'imputation serait encore impossible quand même les dettes auraient pour objet des choses fongibles, si elles étaient de diverses espèces ; il va sans dire que l'on ne peut pas imputer un payement de blé sur une dette de vin, le débiteur ne pouvant pas payer autre chose que ce qu'il doit (2).

602. Le créancier peut refuser un payement partiel ; il peut le refuser quand il s'agit de plusieurs dettes, aussi bien que lorsqu'il s'agit d'une seule dette. Ce droit du

(1) Grenoble, 22 mars 1849 (Dalloz, 1852, 2, 120).
(2) Colmet de Santerre, t. IV, p. 390, n° 198 *bis* III.

créancier restreint singulièrement l'application des règles que la loi établit sur le droit d'imputation. La première de ces règles donne au débiteur le droit de dicter l'imputation (art. 1253). Est-ce à dire que si je dois 1,000 fr. à Pierre pour cause de vente et 500 francs pour cause de prêt, et que je lui offre 500 francs, je puisse imputer cette somme sur la dette de 1,000 francs? Non, car ce serait offrir un payement partiel, et je ne puis pas forcer mon créancier à recevoir en partie le payement de ce que je lui dois (art. 1244). Donc le créancier peut refuser mon offre et, s'il l'accepte, il peut y mettre pour condition qu'il fera lui-même l'imputation (1).

§ II. *De l'imputation faite par le débiteur.*

603. « Le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter » (art. 1253). Pourquoi est-ce, en principe, le débiteur qui dicte l'imputation? L'imputation suppose que les dettes sont de choses fongibles, c'est-à-dire de choses indéterminées; or, la propriété de ces choses ne se transfère que lors du payement; le débiteur, étant propriétaire des choses qu'il donne au créancier pour sa libération, peut mettre à l'aliénation de ce qui lui appartient telle condition qu'il veut; il a donc le droit de dire qu'il paye sous la condition que le payement serve à éteindre telle dette plutôt que telle autre (2).

604. Ce motif, que l'on donne pour justifier la règle fondamentale d'imputation, est trop absolu. Il conduirait à la conséquence que le débiteur peut toujours faire l'imputation comme il le veut; or, il est certain que le débiteur n'a point ce droit; l'article 1254 le prouve. Quand on dit que c'est au débiteur à dicter les conditions du payement qu'il fait, on oublie que le payement n'est pas un fait unilatéral; le débiteur fait des offres, le créancier les accepte, il a donc le droit de les refuser. Ainsi il faut

(1) Colmet de Santerre, t. IV, p. 390, nº 190 *bis* II.
(2) Duranton, t. XII, p. 314, nº 190.

le consentement du créancier pour qu'il y ait payement; c'est dire que l'on ne doit pas considérer uniquement le droit et les intérêts du débiteur qui fait le payement; il faut aussi tenir compte du droit et des intérêts du créancier. Après tout, le débiteur remplit une obligation en payant, cette obligation est un droit pour le créancier. Or, le débiteur ne peut pas remplir son obligation comme il le veut; par cela même qu'il est obligé, il doit respecter le droit du créancier. Il ne faut donc pas prendre au pied de la lettre la disposition de l'article 1253; le droit qu'elle donne au débiteur n'est pas absolu, le droit du débiteur est limité par le droit du créancier.

L'orateur du gouvernement en fait la remarque. La loi romaine dit : *Possumus certam legem dicere ei quod solvimus*. Cette expression *certam legem* implique que le débiteur ne doit pas, en usant de son droit, causer un préjudice à son créancier. La loi applique le principe dans le cas prévu par l'article 1254. Je dois une dette qui produit des intérêts ou des arrérages; je fais un payement insuffisant pour acquitter le capital et les intérêts : puis-je imputer ce payement partiel sur le capital par préférence aux arrérages ou intérêts? Non, dit l'article 1254. Le débiteur ne peut pas, sans le consentement du créancier, imputer le payement qu'il fait par préférence sur le capital. Pourquoi? Parce qu'il nuirait par là au créancier, dit Bigot-Préameneu; le créancier a dû compter que les intérêts ou arrérages lui seraient payés avant qu'on pût lui rembourser le capital. Il y a une raison plus décisive; quand le payement est insuffisant pour rembourser le capital, le créancier a le droit de le refuser, puisqu'il ne peut être forcé de recevoir un payement partiel. L'intérêt du débiteur de payer une partie du capital ne peut pas l'emporter sur le droit du créancier de recevoir le remboursement entier de sa créance. Dans le cas même où le débiteur voudrait payer le capital entier, mais sans comprendre dans le payement les intérêts ou les arrérages échus, le créancier pourrait exiger que l'imputation se fît d'abord sur ces intérêts ou arrérages. C'est ce que dit la fin de l'article 1254 : « Le payement fait sur

le capital et intérêts s'impute d'abord sur les intérêts. » Dans cette hypothèse, l'intérêt du débiteur est en conflit avec celui du créancier; le débiteur serait intéressé à éteindre le capital pour que les intérêts cessent de courir; tandis que le créancier est intéressé à ce que le débiteur paye avant tout les intérêts, car les intérêts se prescrivent par cinq ans (art. 2277); il est encore intéressé à ce que la dette capitale subsiste pour jouir des intérêts et arrérages qu'elle produit en attendant qu'il trouve un nouveau placement. La loi se prononce pour le créancier contre le débiteur. Telle a été l'intention des parties contractantes; le débiteur s'est engagé à payer les intérêts et arrérages au fur et à mesure de leur échéance; qu'il commence par remplir cette obligation, avant de rembourser le capital. On exécute ses engagements avant d'exercer ses droits; le créancier pourrait forcer le débiteur à payer les intérêts; le droit est donc pour lui, et le débiteur ne peut opposer son avantage au droit du créancier (1).

605. Il suit de là que l'on ne doit pas considérer l'article 1254 comme une disposition exceptionnelle. Si c'était une exception, il faudrait la restreindre au cas précis qui est prévu par la loi; tandis qu'on peut l'appliquer par analogie si la limite qu'elle apporte au droit du débiteur résulte de la nature même de l'imputation. L'imputation est un payement, et le payement ne doit jamais nuire au créancier. Nous verrons plus loin une application de ce principe. Il y a des applications qui ne sont pas douteuses. Le débiteur veut imputer le payement sur une dette à terme : le peut-il? Oui, si le terme a été stipulé dans son intérêt; il est libre d'y renoncer, par suite la dette devient exigible; ce qui décide la question. Mais si le terme est stipulé dans l'intérêt du créancier, le débiteur ne peut pas imputer le payement qu'il fait sur la dette; c'est un droit pour le créancier de n'être payé qu'à l'échéance, le débiteur ne peut pas le priver de ce droit. A plus forte raison, le débiteur ne peut pas imputer le payement sur une dette conditionnelle; car le créancier

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 131 (Locré, t. VI, p. 171).

ne peut pas être tenu de recevoir ce qui ne lui est pas dû; or, la dette conditionnelle n'existe pas, en ce sens qu'elle ne produit aucun effet tant que la condition est en suspens; le créancier n'en peut exiger le payement, et le débiteur ne peut forcer le créancier à le recevoir (1).

606. Pothier dit que la règle d'après laquelle l'imputation doit se faire sur les intérêts avant de se faire sur le principal n'a pas lieu pour les intérêts qui sont dus par un débiteur, pour peine de sa demeure, du jour de la demande en justice. Ces intérêts, dit-il, sont adjugés comme des dommages-intérêts, ils forment une dette distincte du principal. Faut-il suivre cette opinion sous l'empire du code civil et décider que le débiteur peut imputer le payement qu'il fait sur les intérêts moratoires ou sur le capital, à son choix? Si l'on était lié par les termes de l'article 1254, il faudrait répondre que cette disposition n'est pas applicable aux intérêts moratoires. En effet, la loi parle d'une dette qui *porte intérêt*, c'est-à-dire d'une dette pour laquelle les intérêts sont dus en vertu d'une convention ou en vertu de la loi; on ne peut pas dire d'une dette qui ne produit intérêt ni en vertu de la loi, ni en vertu d'une convention, qu'elle porte intérêt. Mais, dans notre opinion, le texte de l'article 1254 n'est pas décisif, il faut l'écarter pour consulter l'esprit de la loi. Le principe est que le débiteur ne peut pas faire une imputation qui porte atteinte aux droits du créancier. Reste à savoir si le créancier a droit à recevoir les intérêts moratoires avant le capital. Ce sont deux dettes différentes, comme dit Pothier; et nous ne voyons pas en quoi le créancier serait intéressé à recevoir les intérêts plutôt que le capital. L'article 2277 ne s'applique pas aux intérêts moratoires. Dès lors on reste dans le droit commun, qui permet au débiteur de dicter l'imputation (2).

607. Pour que l'imputation se fasse sur les intérêts comme le veut l'article 1254, il faut qu'ils soient exigibles.

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 390, n° 198 *bis* II.

(2) Pothier, n° 571. Duranton, t. XII, p. 317, n° 192. Marcadé, t. IV, p. 552, article 1254, n° III. En sens contraire, Aubry et Rau, t. IV, p. 166, note 4, § 320, et les auteurs qui y sont cités.

Cela est d'évidence; imputer, c'est payer; or, la loi ni le créancier ne peuvent exiger que le débiteur paye ce qu'il ne doit pas. Faut-il aussi que les intérêts soient liquidés? Sur ce point, il y a controverse. Il nous semble que la question doit être décidée dans le même sens et pour le même motif. Sans doute le créancier peut actionner le débiteur pour des intérêts qui ne sont pas liquidés, mais il est certain aussi que le débiteur ne peut pas être forcé à payer jusqu'à ce que le montant de sa dette soit liquide. S'il ne peut pas être obligé de payer, la conséquence est qu'il ne peut pas non plus être obligé à imputer (1).

608. L'article 1254 est-il applicable lorsqu'il existe plusieurs dettes également productives d'intérêts? l'imputation devra-t-elle se faire indistinctement sur les intérêts de toutes ces dettes? Un créancier produit à une contribution pour une somme totale composée de plusieurs créances; il touche un dividende dans la distribution close au moyen d'un règlement amiable. Ce payement partiel doit-il être imputé sur les intérêts de toutes les créances? La question s'est présentée devant la cour de cassation dans une espèce où le débiteur était très-intéressé à faire l'imputation sur le capital de l'une des dettes : c'était un prix de vente, et le vendeur demandait la résolution pour défaut de payement du prix. C'est dans ces circonstances que la question d'imputation fut soulevée. Si le payement devait s'imputer sur les intérêts en vertu de l'article 1254 le prix restait dû et le vendeur pouvait agiren résolution. Si, au contraire, le débiteur pouvait faire l'imputation sur le capital de la créance munie d'une action résolutoire, le prix était payé et la résolution devenait impossible. Le tribunal de première instance appliqua l'article 1254 en imputant le payement sur les intérêts de toutes les dettes; sur l'appel, il fut jugé que l'article 1254 n'était pas applicable, parce qu'il supposait l'existence d'une seule dette composée d'un capital et d'intérêts; et, dans l'espèce, il y avait plusieurs dettes. Il s'agissait donc de

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 166, note 6, § 320. Larombière, t. III, p. 420, nº 3 de l'article 1254 (Ed. B., t. II, p. 277). En sens contraire, Massé, *le Droit commercial*, t. IV, p. 76, nº 2172.

savoir si l'article 1254 était de stricte interprétation, ou si le principe dont il n'est qu'une application est général. Nous avons d'avance répondu (n° 605) à la question; elle a été décidée dans le même sens par la cour de cassation. Elle part du principe que l'exercice du droit d'imputation, laissé par la loi au débiteur, ne peut jamais préjudicier au créancier. Elle en conclut que le créancier ne saurait être obligé de recevoir son capital avant que le débiteur ait payé des intérêts ou arrérages présumés nécessaires à sa subsistance quotidienne. Peu importe que l'article 1254 suppose une seule créance productive d'intérêts; cette disposition n'est que l'application au cas le plus ordinaire d'un principe absolu, général, qui règle tous les cas analogues (1).

609. L'article 1254 est-il applicable en cas de faillite? D'après l'article 445 du code de commerce, le jugement déclaratif de la faillite arrête, à l'égard de la masse, le cours des intérêts de toute créance non garantie par un privilége, par un nantissement ou par une hypothèque; le même article dispose que les intérêts des créances garanties ne pourront être réclamés que sur les sommes provenant des biens affectés au privilége, au nantissement, à l'hypothèque. On suppose qu'une créance hypothécaire n'est pas payée intégralement en capital et en intérêts sur le prix de l'immeuble qu'elle grève; le payement partiel fait au créancier devra-t-il être imputé conformément à l'article 1254, d'abord sur les intérêts, puis sur le capital? Il faut distinguer les intérêts échus avant la faillite et ceux qui échoient depuis la déclaration de faillite.

Quand il s'agit d'intérêts courus depuis la faillite, l'article 445 du code de commerce déroge à notre article 1254. En effet, d'après le code de commerce, ces intérêts ne peuvent être réclamés que sur les sommes provenant des biens affectés au privilége, au nantissement ou à l'hypothèque; c'est dire que les intérêts qui ont couru depuis la déclaration de faillite ne peuvent participer ni directe-

(1) Cassation, 25 novembre 1862 (Dalloz, 1863, 1, 19).

ment ni indirectement à la distribution faite à la masse des créanciers de la faillite. Or, si le prix desdits biens était employé à payer, en première ligne, les intérêts des créances privilégiées ou hypothécaires courus depuis l'ouverture de la faillite, comme le veut l'article 1254, et que le restant du prix fût insuffisant pour acquitter le capital, qu'en résulterait-il? Le créancier viendrait en concours pour le reliquat de ce capital avec la masse chirographaire; de sorte que cette masse supporterait indirectement les intérêts, car c'est parce que l'on a imputé les intérêts sur le prix des immeubles hypothéqués que le créancier viendra à la masse pour une somme égale au montant desdits intérêts; or, peu importe à la masse que les intérêts des créances hypothécaires soient touchés directement à son préjudice, ou qu'ils le soient indirectement sous forme de capital, toujours est-il que l'article 445 serait violé. Pour que cet article soit observé, il faut que l'on impute le prix des biens affectés à la garantie des créances hypothécaires ou privilégiées, d'abord au payement du capital des créances, et accessoirement jusqu'à concurrence de ce qui reste du prix desdits biens, après le payement du capital, au payement des intérêts qui sont échus depuis l'ouverture de la faillite. Donc l'article 1254 n'est pas applicable dans cette première hypothèse.

Quant aux intérêts échus avant la déclaration de faillite, l'article 1254 reste applicable; l'imputation se fera d'abord sur les intérêts, bien entendu sur les intérêts conservés par l'inscription hypothécaire, puis sur le capital. Le créancier sera donc admis à la masse chirographaire pour la portion de son capital qui n'est pas payée. Dira-t-on que c'est faire supporter par la masse les intérêts échus avant l'ouverture de la faillite? Il est vrai que la créance à raison de laquelle le créancier est admis à la masse chirographaire se trouvera augmentée de la somme employée au payement des intérêts, ce qui aboutit à faire supporter les intérêts par la masse. Mais la masse ne peut pas se plaindre de ce qu'on lui fait supporter les intérêts indirectement, par l'excellente raison que le

créancier peut venir à la contribution de la masse chirographaire pour tout ce qui lui est dû à l'ouverture de la faillite, intérêts et capital; si la masse doit supporter les intérêts échus à ce moment, peu lui importe qu'elle les supporte directement par une réclamation des intérêts, ou indirectement par une imputation des intérêts sur le produit des biens hypothéqués (1).

610. Le créancier peut-il renoncer au bénéfice de l'article 1254? Cela n'est pas douteux; les règles sur l'imputation sont de pur intérêt privé, il est donc libre aux parties contractantes d'y déroger. Pothier le dit. Si le débiteur qui doit capital et intérêts déclare, en payant une somme d'argent, qu'il paye sur le capital, le créancier peut accepter cette imputation ou la refuser; s'il l'accepte, il y a concours de consentement, la dette est éteinte partiellement quant au capital; le créancier ne peut plus contester l'imputation qu'il a bien voulu recevoir (2). La renonciation du créancier peut être expresse ou tacite : c'est encore le droit commun. Il a été jugé que si le créancier a pratiqué une saisie-arrêt dont l'exploit énonce seulement qu'elle a été faite pour le capital, le payement sera imputé d'abord sur le capital (3).

§ III. *De l'imputation faite par le créancier.*

611. Pothier dit que si le débiteur, en payant, ne fait pas d'imputation, le créancier à qui il est dû pour différentes causes peut le faire par la quittance qu'il lui donne. L'article 1255 consacre implicitement ce droit.

Pothier y met deux conditions. Il faut d'abord que l'imputation ait été faite dans l'instant. L'article 1255 ne reproduit pas cette condition, mais elle résulte de la nature même du payement. Imputer, c'est payer; donc l'imputation doit se faire lors du payement, soit par le débi-

(1) Lyon, 30 août 1860 (Dalloz, 1861, 2, 227), et Rejet, 17 novembre 1862 (Dalloz, 1863, 1, 305, et la note de l'arrêtiste).
(2) Pothier, n° 565. Duranton, t. XII, p. 318, n° 192.
(3) Bordeaux, 21 mars 1828 (Dalloz, au mot *Effets de commerce*, n° 802, 1°).

teur, soit par le créancier; on suppose que le débiteur ne la fait pas, ni le créancier; c'est le cas d'appliquer l'article 1256, c'est-à-dire que les parties, en gardant le silence, s'en sont rapportées aux règles que la loi établit sur l'imputation. Or, l'imputation légale produit ses effets de plein droit, les dettes sont éteintes selon les prescriptions de la loi, le créancier ne peut plus les faire revivre par une imputation différente (1).

612. Pothier ajoute une seconde condition, c'est que l'imputation que fait le créancier soit équitable. Cela est très-juridique. Le payement exige le concours du consentement des parties intéressées, du créancier qui reçoit ce qui lui est dû et du débiteur qui se libère. Il en est de même quand le payement se fait par imputation; voilà pourquoi l'imputation dictée par le débiteur ne doit pas être préjudiciable au créancier (nº 604). Par la même raison, l'imputation faite par le créancier ne doit pas nuire au débiteur; en ce sens elle doit être équitable. Mais cela est très-vague; un principe ainsi formulé ferait naître des difficultés et donnerait au juge un pouvoir discrétionnaire pour les décider, deux inconvénients que le législateur a voulu prévenir en codifiant le droit. Quand le débiteur de diverses dettes ne déclare pas laquelle il entend acquitter et que le créancier, dans la quittance, a imputé ce qu'il a reçu sur l'une des dettes spécialement, c'est au débiteur à voir s'il veut accepter cette imputation ou la refuser. S'il consent à l'imputation du créancier, tout est consommé, la dette sur laquelle l'imputation a été faite est éteinte jusqu'à concurrence de la somme payée. Or, le débiteur approuve en acceptant la quittance. Il ne peut plus, dit l'article 1255, demander l'imputation sur une dette différente. La loi y ajoute une restriction : « A moins qu'il n'y ait eu *dol* ou *surprise* de la part du créancier. » Elle n'exige donc pas qu'il y ait eu dol proprement dit, elle se contente de la *surprise*; mais en mettant la surprise sur la même ligne que le dol, elle dit

(1) Pothier, nº 566. Larombière, t. III, p. 423, nº 2 de l'article 1255 (Ed. B., t. II, p. 278).

implicitement que la surprise doit avoir un caractère doleux. Il y aurait dol proprement dit si le créancier pratiquait des manœuvres pour tromper le débiteur sur l'intérêt qu'il pourrait avoir à faire telle imputation plutôt que telle autre. Il y aurait surprise, si le créancier profitait de l'erreur du débiteur et abusait de son ignorance pour lui faire accepter une imputation qui lui est préjudiciable ; cela ne suffirait pas, d'après le droit commun, pour demander la rescision du chef de dol, cela suffit pour attaquer l'imputation. Voici l'exemple donné par Pothier. Un paysan, dit-il, doit à un procureur 300 livres pour le prix d'un morceau d'héritage, et il lui doit 600 livres pour honoraires. Le débiteur apporte à son créancier 400 livres, le procureur lui donne une quittance de cette somme avec mention que c'est à compte des honoraires qui lui sont dus ; cette imputation est une surprise qu'il fait à un débiteur ignorant : celui-ci est intéressé à payer le prix qui porte intérêt, de préférence aux honoraires qui ne portent pas intérêt. Le créancier a abusé de la simplicité du débiteur pour lui faire accepter une imputation qui lui est préjudiciable ; il y a surprise, le débiteur peut demander une nouvelle imputation (1).

613. Lorsque l'imputation a été faite par concours de volontés, elle est inattaquable. C'est dire qu'il y a payement définitif, donc extinction totale ou partielle de la dette sur laquelle le payement a été imputé. Quand la dette est éteinte, les accessoires le sont aussi, le cautionnement, les priviléges et les hypothèques. Le créancier et le débiteur pourraient-ils, en modifiant l'imputation, faire revivre l'hypothèque ou le cautionnement ? Non, certes ; il y a droit acquis pour les tiers par l'effet du payement, ce droit ne peut pas leur être enlevé. Une dette éteinte peut revivre entre les parties si telle est leur volonté, mais elles ne peuvent pas la ressusciter au préjudice des tiers (2). A plus forte raison, en est-il ainsi quand l'imputation s'est faite contradictoirement avec les tiers

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 391, nº 200 *bis*. Pothier, nº 566.
(2) Duranton, t. XII, p. 325, nº 197. Aubry et Rau, t. IV, p. 167, note 10, § 320.

intéressés. Il y a alors convention, et les conventions tiennent lieu de loi aux parties contractantes. Ainsi il est convenu entre le créancier, le débiteur et la caution que les payements faits par le débiteur s'acquitteront d'abord sur la partie cautionnée de la dette; le créancier et le débiteur prétendent ensuite imputer le payement sur une portion de la dette éteinte à l'égard de la caution; c'est violer la convention; par suite, l'imputation est nulle (1).

§ IV. *De l'imputation légale.*

614. L'article 1256 contient des règles sur l'imputation qui se fait en vertu de la loi. Quand y a-t-il lieu à l'imputation légale? Le législateur n'intervient, en matière de conventions que lorsque les parties ont gardé le silence, et que, du reste, son intervention est nécessaire. Pour que la loi fasse l'imputation, il faut donc supposer que les parties ne l'ont pas faite. C'est ce que dit l'article 1256 : « Lorsque la quittance ne porte aucune imputation. » La loi suppose que lorsque les parties ont fait l'imputation, soit le créancier, soit le débiteur, elles la mentionnent dans la quittance; il va sans dire qu'il peut y avoir imputation conventionnelle, sans que la quittance la mentionne. Pourquoi le législateur fait-il l'imputation à défaut des parties? Parce qu'on doit savoir quelle dette est éteinte, quelle dette subsiste encore; les parties y ont intérêt et le plus souvent il y a des tiers intéressés, cautions ou créanciers hypothécaires.

Le principe que la loi ne fait l'imputation que lorsque les parties ne l'ont pas faite est consacré par la jurisprudence (2). En droit, il n'y a aucun doute, puisque l'article 1256 le dit; en fait, il est parfois difficile de savoir si les parties ont entendu faire l'imputation. Quand la quittance déclare la dette sur laquelle le payement est imputé, il faut s'en tenir à la volonté clairement mani-

(1) Caen, 17 avril 1869 (Dalloz, 1871, 2, 184).
(2) Rejet, 21 décembre 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2027, 1°).

festée par les parties; peu importe qu'elles n'aient pas fait l'imputation, comme la loi l'aurait faite à leur place; leur volonté fait loi, et il n'y a plus à discuter quel est leur intérêt, quand elles-mêmes ont décidé. La quittance porte que le payement est fait sur plus forte somme payable le..., à une époque assez éloignée; le débiteur avait d'autres dettes, l'une, entre autres, pour laquelle il avait un jugement qui lui accordait un terme. Le délai allait expirer le lendemain du payement qu'il fit à son créancier; certes il aurait dû imputer le payement sur cette dernière dette; l'imputation qu'il faisait avait tout l'air d'une surprise; mais, en fait, il n'y avait pas eu de surprise, dès lors l'imputation consentie par les parties devait être maintenue, de préférence à celle que le législateur fait, mais qu'il ne fait que dans le silence des parties (1).

La quittance dont parle l'article 1256 ne sert que de preuve, elle n'est pas requise pour la validité de l'imputation. Avant l'expiration du terme fixé pour l'exécution d'une obligation souscrite sous le cautionnement d'un tiers, le débiteur contracte, sans l'intervention de ce tiers, de nouveaux engagements envers le même créancier avec stipulation formelle que ces engagements seront acquittés sans délai; il a été jugé que les payements faits en exécution de cette clause devaient être imputés sur la dernière obligation. Dans l'espèce, la caution prétendait que l'imputation devait se faire de préférence sur la dette cautionnée, parce que c'était un devoir d'honneur pour le débiteur de libérer la caution. Sans doute, c'est ainsi que l'imputation se serait faite en vertu de la loi, si les choses avaient été entières, mais elles ne l'étaient plus; il y avait engagement, donc imputation conventionnelle, et cette imputation l'emporte sur celle de la loi (2).

615. L'article 1256 trace les règles d'après lesquelles doit se faire l'imputation lorsque les parties ne l'ont pas faite. Quel est le principe d'où découlent ces règles? On

(1) Aix, 16 janvier 1806 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2027, 2°).

(2) Arrêt du 10 juillet 1830, de la cour de la Martinique, et Rejet, 21 décembre 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2027, 1°). Comparez Rejet, 27 mai 1872 (Dalloz, 1873, 1, 13).

dit d'ordinaire que la loi fait l'imputation dans l'intérêt du débiteur, ce qui paraît assez logique, puisque, en règle générale, l'imputation se fait par le débiteur. Mais ce dernier principe est loin d'être aussi absolu qu'on le croit; il n'est pas vrai que le débiteur dicte l'imputation (n° 604), car, il ne peut pas la faire au préjudice du créancier ; de son côté, le créancier ne peut pas imputer au préjudice du débiteur (n° 612). Cela décide la question de l'imputation légale. Si les parties doivent tenir compte de leurs intérêts respectifs, à plus forte raison la loi ne peut-elle pas sacrifier l'intérêt de l'une des parties à l'intérêt de l'autre; elle doit concilier les droits du débiteur et ceux du créancier, parce qu'ils sont également légitimes. C'est dans cet esprit que la loi a formulé les règles de l'article 1256 et c'est dans cet esprit qu'il faut les interpréter (1).

616. L'imputation se fait d'abord sur la dette échue, quand même elle serait moins onéreuse que celles qui ne sont pas échues (art. 1256). Cela se fait dans l'intérêt du débiteur, dit-on; en effet, il est intéressé à payer avant tout une dette pour laquelle il peut être immédiatement poursuivi ; or, ce qu'il doit éviter avant tout, ce sont des poursuites qui sont frayeuses et qui ruinent le crédit. Est-ce à dire que la loi ne considère pas l'intérêt du créancier? Lui aussi a dû compter que le débiteur payerait, avant tout, la dette qui doit échoir la première, et dont il peut exiger le payement. La première règle tient donc compte de l'intérêt du créancier aussi bien que de l'intérêt du débiteur (2).

617. « Si toutes les dettes sont échues, le payement doit être imputé sur la dette que le débiteur avait pour lors le plus d'intérêt d'acquitter. » Ici la loi fait l'imputation dans l'intérêt du débiteur; pour mieux dire, c'est son droit, dès qu'il ne lèse pas le droit du créancier. La loi fait donc ce que le débiteur aurait fait si, usant de son droit, il avait dicté l'imputation (art. 1253). Le créancier

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 198 *bis* I. Mouricault, Discours, n° 37 (Locré, t. VI, p. 251).
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 392, n° 201 *bis* I.

ne peut pas s'en plaindre, car on suppose que l'imputation ne lèse pas ses droits (1). L'article 1256 dit que l'imputation se fait sur la dette la plus onéreuse quand elles sont toutes échues; il en serait de même et par identité de raison dans le cas où aucune ne ne serait échue.

Reste à savoir quelle est la dette que le débiteur avait le plus d'intérêt d'acquitter ou, comme le dit encore l'article 1256, quelle dette est la plus onéreuse. La loi ne le dit pas et il était impossible de le dire; c'est une question de fait, puisque tout dépend des circonstances de la cause (2). Les auteurs donnent tous des exemples de dettes plus ou moins onéreuses (3). Nous préférons emprunter des applications à la jurisprudence.

618. Le payement s'impute sur une dette hypothécaire plutôt que sur une dette chirographaire, parce que les hypothèques qui grèvent les biens du débiteur nuisent à son crédit; il lui importe donc d'éteindre la dette garantie par une hypothèque ou un privilége, ce qui entraînera l'extinction de ces droits et, par suite, la radiation des inscriptions hypothécaires (4). Un crédit est ouvert à deux époux sous la garantie solidaire et hypothécaire de la femme, c'est-à-dire que la femme subroge le créancier à l'hypothèque légale qu'elle a sur les biens de son mari. Le mari fait des versements au banquier pendant la durée de son crédit. Il a été jugé que ces versements doivent s'imputer sur la dette hypothécaire; la cour dit que le débiteur avait le plus d'intérêt à acquitter cette dette, surtout pour l'avantage de ses enfants mineurs (5). On voit que l'intérêt dépend des circonstances.

619. On range généralement les dettes pour lesquelles le débiteur a donné une caution parmi les dettes onéreuses qu'il a intérêt d'acquitter, et on donne pour raison

(1) Toullier, t. IV, I, p. 170, n° 180.
(2) Rejet, 28 janvier 1853 (Dalloz, 1853, 1, 316).
(3) Toullier, t. IV, I, p. 170, n° 179. Duranton, t. XII, p. 237, n° 199. Aubry et Rau, t. IV, p. 167, note 11, § 320.
(4) Paris, 26 novembre 1833 (Dalloz, au mot *Priviléges et Hypothèques*, n° 325).
(5) Angers, 27 mars 1846 (Dalloz, 1846, 2, 86), et Rejet, 28 juin 1847 (Dalloz, 1847, 4, 349).

qu'il s'acquitte de deux dettes par un seul payement, sa dette principale et la dette accessoire de la caution (1). Il faut ajouter que c'est un devoir d'honneur pour le débiteur de mettre la caution à l'abri des poursuites du créancier, et ce devoir est un intérêt pécuniaire pour lui, car la caution, si elle est poursuivie, ne manquera pas d'opposer au créancier le bénéfice de la discussion ; la cour d'Orléans ajoute qu'en libérant ses cautions, il relève son crédit : remplir ses devoirs est toujours la meilleure des spéculations (2).

Que faut-il décider si une partie seulement de la dette a été cautionnée? Un payement partiel se fait : l'imputera-t-on sur la partie cautionnée ou sur la partie non cautionnée? On pourrait croire que les motifs de décider restent les mêmes; n'est-ce pas un devoir pour le débiteur de libérer sa caution? n'y a-t-il pas un intérêt d'honneur et de crédit? La cour de Caen l'a jugé ainsi (3). On objecte qu'il est, sans doute, très-commode pour la caution d'échapper par une imputation aux obligations qu'elle a contractées; mais où serait l'équité? On l'a prise pour caution précisément afin que son cautionnement partiel garantisse, dans le total de la dette, la partie qui jusqu'à due concurrence ne serait pas payée. L'imputation délierait la caution de ses engagements au préjudice du créancier. Cette dernière considération, à notre avis, est décisive. L'imputation légale ne doit pas nuire au créancier; elle ne doit pas lui enlever une garantie sur laquelle il comptait, ce serait porter atteinte à ses droits, ce qui est en opposition avec le principe de l'imputation légale (n° 615) (4). C'est ce que la cour de cassation a décidé. Il est de la nature du cautionnement, dit-elle, que la caution se soumette envers le créancier à satisfaire à l'obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même; il suit de là que si le cautionnement ne porte que sur une partie de la

(1) Pothier, n° 567 Duranton, t. XII, p. 237, n° 199.
(2) Orléans, 3 avril 1851 (Dalloz, 1851, 2, 66). Rejet, 19 août 1834 (Dalloz, au mot *Cautionnement*, n° 43).
(3) Caen, 16 juillet 1851 (Dalloz, 1854, 5, 98).
(4) Troplong, *du Cautionnement*, n° 247. En sens contraire, Larombière, t. III, article 1256, n° 6 (Ed. B., t. II, p. 282).

dette, les payements faits par le débiteur doivent s'imputer d'abord sur la partie de la dette non acquittée (1). L'argumentation laisse à désirer : on peut demander pourquoi la cour n'applique pas au cautionnement partiel le principe de l'imputation que tout le monde applique au cautionnement intégral. La réponse est facile et péremptoire, c'est que le créancier a intérêt à ce que dans le cautionnement partiel l'imputation se fasse sur la partie de la dette qui n'est pas cautionnnée, et c'est cet intérêt qui est le vrai motif de décider. Or, cet intérêt est hors de cause quand le cautionnement est intégral, en ce sens, du moins, que l'imputation se faisant sur la dette cautionnée, le créancier reçoit ce qui lui est dû. S'il a d'autres créances non cautionnées contre le même débiteur, il ne peut pas se prévaloir du cautionnement pour exiger que l'imputation se fasse sur les dettes non cautionnées ; cette imputation serait contraire à l'intérêt du débiteur et la loi veut qu'elle se fasse dans son intérêt.

620. Si celui qui paye était tout ensemble débiteur principal et caution, l'imputation se fera-t-elle sur la dette dont il était débiteur, plutôt que sur celle qu'il devait comme caution ? Oui, dit Pothier ; parce que, comme caution, il n'est tenu qu'accessoirement ; il peut espérer que la dette sera acquittée par le débiteur principal ; s'il est poursuivi, il jouira du bénéfice de discussion ; tandis que, comme débiteur principal, il peut être immédiatement poursuivi et exécuté. La cour de Bordeaux a consacré implicitement ce principe, en y faisant une restriction. Dans l'espèce, la caution s'était obligée personnellement, envers le débiteur principal, au payement de la dette ; ainsi le payement fait par la caution la dégageait de deux obligations à la fois : l'obligation de faire honneur à sa signature comme caution et l'obligation d'exécuter son traité avec le débiteur principal (2). On voit qu'il n'y a pas de principe absolu en cette matière, l'intérêt est essentiellement une question de fait et varie d'après les cir-

(1) Cassation, 12 janvier 1857 (Dalloz, 1857, 1, 278).
(2) Bordeaux, 21 février 1861 (Dalloz, 1862, 2, 507).

constances; les cours doivent donc toujours prendre en considération les circonstances de la cause.

621. Celui qui paye est débiteur de deux dettes : l'une est soumise à la prescription de trente ans, l'autre à une courte prescription. L'imputation se fera-t-elle sur la dette soumise à la plus longue prescription comme étant celle que le débiteur a intérêt à éteindre, de préférence à celle qui devait s'éteindre par une prescription de deux ans? Il a été jugé que la durée plus ou moins longue de la prescription n'était pas une modalité aggravante de la dette; la raison en est que l'on ne saurait considérer comme un intérêt légitime la prescription sur laquelle le débiteur spéculerait pour ne pas payer sa dette, dans l'espoir de la voir bientôt éteinte par la prescription; ce serait un calcul fondé sur la mauvaise foi que la loi ne peut reconnaître et bien moins encore favoriser (1).

622. « Si les dettes sont d'égale nature, dit l'article 1256, l'imputation se fait sur la plus ancienne. » Qu'entend-on par dette la plus ancienne, et pourquoi l'imputation se fait-elle sur cette dette? Les auteurs ne sont pas d'accord : d'après les uns, la dette la plus ancienne est celle qui a été contractée la première; d'après les autres, c'est celle qui est échue la première. Le motif de décider diffère naturellement dans l'une ou l'autre hypothèse. Il est certain que si l'on s'en tient au sens vulgaire des mots, la dette la plus ancienne sera celle qui est née la première, et si elles sont également échues, il faut, sans doute aucun, imputer le payement sur la dette la plus ancienne : c'est le droit du créancier de recevoir d'abord le payement de la dette qui a été contractée la première, parce qu'il a dû y compter; c'est son intérêt que le débiteur acquitte une dette que la prescription menace d'éteindre avant les dettes plus récentes; il est vrai que, sous ce rapport, le débiteur a un intérêt contraire, mais c'est un intérêt que l'on ne saurait avouer en justice, comme nous venons de le dire (n° 621), parce que ce serait une hon-

(1) Colmar, 9 juin 1870 (Dalloz, 1871, 2, 63).

teuse spéculation. Donc, quand toutes choses sont égales, l'ancienneté de la dette devient une cause légitime d'imputation dans l'intérêt du créancier, sans que le débiteur ait un intérêt contraire à lui opposer. Mais si la dette qui est née la première doit échoir plus tard, nous croyons que c'est sur la dette qui doit échoir la première que l'imputation devra se faire. Ce cas n'est pas prévu par le deuxième alinéa, il rentre plutôt dans le premier, au moins en ce qui concerne l'esprit de la loi. D'après le premier alinéa, l'imputation doit se faire avant tout sur la dette échue, nous en avons dit la raison (n° 616); elle doit donc aussi se faire de préférence sur la dette qui doit échoir la première, de préférence à la dette plus ancienne qui doit échoir plus tard (1).

623. La dernière règle est celle-ci : « Toutes choses égales, l'imputation se fait proportionnellement. » Le créancier recevra donc un payement partiel sur toutes ses créances. Cela est contraire à son droit (art. 1244), mais il ne peut pas s'en plaindre, car il dépendait de lui de faire l'imputation, puisque le débiteur ne l'a pas dictée. C'est seulement dans le silence des deux parties que la loi règle l'imputation : elle doit le faire, puisqu'il faut bien que l'on sache quelles dettes sont éteintes, et quand toutes choses sont égales, c'est-à-dire qu'il n'y a aucune raison d'imputer le payement sur une dette plutôt que sur l'autre, il ne reste qu'un mode d'imputation possible, c'est l'imputation proportionnelle.

624. Les parties intéressées peuvent-elles déroger aux règles établies par l'article 1256? Pour que la question puisse se présenter, il faut supposer que ni le débiteur, ni le créancier n'ont fait l'imputation d'une manière formelle; car s'ils ont imputé le payement, il n'y a pas lieu à l'imputation légale, la loi ne réglant l'imputation que dans le silence des parties. La quittance ne porte aucune imputation, aucune convention n'est intervenue d'où l'on puisse induire l'intention des parties contrac-

(1) En sens divers, Larombière, t. III, p. 435, n° 13 de l'article 1256 (Ed. B., t. II, p. 283); Mourlon, t. II, p. 622; Colmet de Santerre, t. V, p. 393, n° 201 *bis* IV.

tantes ; c'est le cas de recourir aux règles de l'article 1256. On demande si ces règles sont absolues? Nous avons déjà remarqué que l'une de ces règles, la plus usuelle, celle qui fait l'imputation d'après l'intérêt du débiteur, est soumise à l'appréciation du juge et dépend, en réalité, de son pouvoir discrétionnaire (n°s 617 et suiv.). Il faut aller plus loin et dire que le juge doit toujours considérer les circonstances de la cause pour en induire la volonté du débiteur et aussi la volonté du créancier, car l'un est intéressé au payement aussi bien que l'autre; le juge peut, en conséquence, décider qu'il a été dans l'intention soit du débiteur, soit du créancier, que l'imputation se fît sur une dette autre que celle sur laquelle l'imputation devrait se faire d'après l'article 1256. Pothier en a déjà fait la remarque. L'imputation se fait d'abord sur la dette échue, plutôt que sur celle qui n'est pas échue; voilà notre première règle d'imputation légale. Néanmoins, dit Pothier, si celle dont le terme n'est pas échu devait échoir dans peu de jours et qu'elle emportât contrainte par corps (ou une peine), je pense qu'elle devrait prévaloir pour l'imputation sur une dette ordinaire, dont le terme était échu, car il est de l'intérêt du débiteur d'acquitter plutôt une dette pour laquelle il serait, dans peu de jours, contraignable par corps, quoiqu'elle ne soit pas échue, que d'acquitter des dettes pour lesquelles il ne pourrait être emprisonné. Tel est certainement l'esprit de la loi; les règles qu'elle établit sont empruntées à Pothier, elles sont fondées sur l'intention probable des parties contractantes, il faut donc toujours tenir compte de cette intention en les appliquant (1).

625. L'application de l'article 1256 donne lieu à des difficultés sérieuses qui tiennent au droit plutôt qu'aux circonstances du fait. On suppose que le créancier d'une société dissoute continue des relations avec la société nouvelle qui a succédé à l'ancienne et qui s'est chargée de payer les dettes de celle-ci. Les payements que fait la nouvelle société doivent-ils être imputés sur la dette de

(1) Pothier, n° 567, corollaire VI. Aubry et Rau, t. IV, p. 168, et note 13. § 320.

cette dernière société ou sur la dette de la société dissoute? Il y a sur cette question des arrêts qui semblent contradictoires. La cour de Grenoble a jugé que si les affaires commencées avec l'ancienne société et continuées avec la nouvelle ont été réglées, conformément à ce qui avait toujours été pratiqué, par des états de situation en forme de compte courant dans lequel figureront, en première ligne, l'ancienne créance et ensuite les versements de fonds faits à la nouvelle société, on en doit conclure, quant aux payements faits par cette société, que les parties ont adopté un mode d'imputation dont l'effet nécessaire était d'éteindre d'abord la dette de l'ancienne société, laquelle était la première en date. En droit, la cour a jugé que l'article 1256 était applicable à l'espèce, la nouvelle société étant débitrice de la dette de la précédente société, aussi bien que des siennes propres (1).

C'est ce dernier point qui est douteux. Il nous semble que la question a été mal posée. Le créancier qui contracte successivement avec une société et avec la société qui remplace la première a deux débiteurs différents ; pour que le premier débiteur, l'ancienne société, fût remplacé par un nouveau débiteur, la société qui a succédé à l'autre, il faudrait qu'il y eût novation (art. 1271, 2°); or, la novation par la substitution d'un nouveau débiteur exige non-seulement le consentement du nouveau débiteur, il faut aussi que le créancier consente, et ce consentement, dit l'article 1273, ne se présume point, il doit résulter clairement de l'acte. Ainsi, il ne suffit point que la nouvelle société consente à payer la dette de l'ancienne pour qu'il y ait novation, il faut aussi que le créancier consente à renoncer à son ancienne créance pour la remplacer par une créance nouvelle contre un autre débiteur, en déchargeant le premier. S'il n'y a pas de novation, le créancier aura deux débiteurs : l'ancienne société et la nouvelle; dès lors il ne peut être question d'appliquer les règles sur l'imputation, car ces règles supposent qu'un seul et même débiteur a plusieurs dettes.

(1) Grenoble, 21 juin 1841 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2014).

La cour de cassation l'a jugé ainsi en cassant l'arrêt de la cour d'appel qui avait fait l'imputation d'après les règles de l'article 1256, comme si la nouvelle société avait en tout pris la place de l'ancienne; la cour avait donc admis qu'il y avait un nouveau débiteur, partant novation, et pour le décider ainsi elle invoquait de simples probabilités, des présomptions de fait; c'était méconnaître la disposition formelle de l'article 2273 ; la novation ne se présume pas, donc on ne peut pas la fonder sur des présomptions. La cour de Rouen, à laquelle l'affaire fut renvoyée, établit nettement les principes et elle en déduit les conséquences, en ce qui concerne l'imputation. En principe, il ne peut pas s'agir d'imputation quand il y a deux débiteurs, une société en liquidation et une nouvelle société (1).

626. Une question analogue s'est présentée pour une société en liquidation. Le liquidateur continua l'exploitation d'une usine, comme acte conservatoire, pour conserver cette valeur aux créanciers ; il fait des achats de houille auprès de la compagnie qui fournissait les charbons à la société dissoute. On demande s'il y avait lieu d'appliquer les règles de l'imputation aux payements faits par le liquidateur. La négative a été jugée, et elle nous paraît certaine. Il y a deux débiteurs différents : l'ancienne société qui est dissoute et la masse des créanciers, dont le liquidateur était le mandataire ; cela suffit pour écarter toute imputation, puisque l'imputation suppose un seul débiteur ayant plusieurs dettes (2).

627. Les règles sur l'imputation reçoivent-elles des exceptions? L'article 1848, au titre de la *Société*, prévoit un cas d'imputation qui est régi par des principes spéciaux; nous y reviendrons en expliquant le titre qui est le siége de la matière.

628. La cour de cassation a décidé que le mode d'imputation établi par l'article 1256 n'est pas applicable à la compensation, bien que la compensation soit aussi un

(1) Cassation, 5 janvier 1835, et Rouen, 10 juin 1835 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2452, 3°).
(2) Dijon, 17 mars 1862 (Dalloz, 1862, 2, 94).

payement fait par la loi. Dans l'espèce, une personne se trouvait débitrice de plusieurs sommes envers une autre, dont elle devint créancière. La compensation s'était opérée de plein droit, lors de l'échéance, avec celle des dettes qui, à ce moment, était également échue; on ne peut pas dire que la créance qui servit à payer l'une des dettes du débiteur aurait dû se compenser avec une dette échue postérieurement, dette que le débiteur avait le plus grand intérêt à acquitter, parce qu'elle consistait dans le prix d'une vente d'immeubles faite avec clause de résolution de plein droit pour le cas où le prix ne serait pas payé dans un délai déterminé (1). Il est certain que, dans ces circonstances, il ne pouvait pas s'agir d'imputation. La compensation s'opère de plein droit; donc, dès l'instant où le débiteur de plusieurs dettes est devenu créancier de son créancier, la créance éteint la dette qui, à ce moment, était échue; quand l'autre dette est venue à échoir, il n'y avait plus de créance, puisqu'elle était éteinte de plein droit par la compensation; il ne pouvait donc plus s'agir ni de compensation ni d'imputation.

Est-ce à dire qu'il n'y ait jamais lieu à imputation quand le payement se fait par voie de compensation? La cour de cassation ne dit pas cela; le cas pourrait se présenter où il faudrait recourir aux règles sur l'imputation pour décider laquelle de plusieurs dettes a été éteinte par la compensation. Si, dans l'espèce, toutes les dettes avaient été exigibles et partant compensables, il eût bien fallu décider laquelle de ces dettes avait été éteinte par la compensation; et puisque la compensation est un payement que fait la loi, le juge aurait pu et dû décider, conformément à l'article 1256, laquelle des diverses dettes avait été éteinte; c'eût été celle que le débiteur avait le plus d'intérêt à acquitter, ou la dette la plus ancienne; toutes choses étant égales, l'imputation ou la compensation se serait faite proportionnellement.

629. Il est de doctrine et de jurisprudence que les règles sur l'imputation ne sont pas applicables au compte

(1) Rejet, 2 mai 1860 (Dalloz, 1861, 1, 104, et la note de l'arrêtiste).

courant, notamment la règle d'après laquelle les payements s'imputent sur la dette la plus onéreuse ou la plus ancienne. On ne peut donc extraire d'un compte courant certaines dettes pour y imputer telle remise, à moins que la remise n'ait été affectée spécialement à une dette déterminée. La raison en est que les remises faites par compte courant ne sont pas des payements, ce sont des prêts ou des avances. Cette différence entre les dettes résultant d'un compte courant et les dettes ordinaires, soit civiles, soit commerciales, a été très-bien développée dans un réquisitoire de l'avocat général Nicias Gaillard; nous y renvoyons le lecteur, la matière n'étant pas de notre domaine; il nous suffit de signaler l'exception qui, à vrai dire, n'en est pas une; puisque les remises par compte courant ne sont pas des payements, il est impossible d'y appliquer des règles qui ne concernent que le payement (1).

630. Il a été jugé également par la cour de cassation que l'article 1256 n'est pas applicable en matière de faillite. Le dividende touché dans une faillite par un créancier admis pour plusieurs créances s'impute sur chacune d'elles proportionnellement à son chiffre; on ne peut pas invoquer la règle d'après laquelle le payement s'impute sur la dette que le débiteur aurait eu le plus d'intérêt à acquitter. La cour dit que les présomptions de l'art. 1256 sont inadmissibles lorsque le payement exclut, par sa nature même, toute imputation particulière; en effet, imputer, c'est choisir, désigner la dette qui doit être éteinte de préférence; or, en cas de faillite, aucune dette n'est éteinte, puisque aucune n'est payée intégralement; si un créancier a plusieurs créances, on en fait un total pour déterminer la quotité de son dividende; donc, dit l'arrêt, le payement du dividende emporte virtuellement et nécessairement une application proportionnelle à toutes les dettes du débiteur sans distinction.

La cour de Caen avait décidé le contraire en appliquant le droit commun à l'espèce suivante, qui fera comprendre

(1) Massé, *le Droit commercial*, t. IV, p. 79, n° 2178. Rejet, chambre civile, 17 janvier 1849, et le réquisitoire de Nicias Gaillard (Dalloz, 1849, 1, 49).

l'intérêt de la question. Un créancier avait produit à la faillite pour plusieurs créances, entre autres, pour une traite endossée par le failli. Il prétendit que le payement fait par le failli devait s'imputer sur les dettes personnelles du failli, de préférence à celle dont il n'était tenu que comme caution. Si l'on avait procédé ainsi, la traite serait restée impayée et que le porteur aurait eu une action pour le tout contre le souscripteur. Cela n'était pas admissible, car il en serait résulté que pour les créances sur lesquelles l'imputation aurait été faite de préférence, le créancier aurait eu un dividende plus élevé que les autres créanciers, alors que la condition de tous les créanciers et de toutes les créances est égale, ce qui conduit nécessairement à l'extinction proportionnelle (1).

631. On a soutenu, à plusieurs reprises, que la caisse des consignations n'était pas soumise au droit commun en matière d'imputation, notamment qu'elle ne devait pas imputer, les payements partiels qu'elle fait d'abord sur les intérêts, puis sur le capital. Ces prétentions ont toujours été repoussées. Le droit commun est applicable à tout le monde, sauf exception; or, aucune loi n'affranchit la caisse des consignations de l'obligation imposée par l'article 1254 à tout débiteur d'un capital produisant intérêts, d'imputer les payements partiels, d'abord sur les intérêts, ensuite et subsidiairement sur le capital : cela est décisif (2).

(1) Cassation, 12 février 1868 (Dalloz, 1868, 1, 501).
(2) Paris, 20 mars 1830, 7 janvier 1831 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2012).

FIN DU TOME DIX-SEPTIÈME.

TABLE DES MATIÈRES.

TITRE IV. — Des obligations (suite).

CHAPITRE VI. — Des diverses espèces d'obligations.

Section I. — *Des obligations naturelles.*

§ Ier. *Définition.*

§ II. *Énumération des obligations naturelles.*

No 1. Des obligations improprement appelées obligations naturelles.

No 2. Exemples d'obligations naturelles.

N° 2. Ce que les créanciers peuvent faire.

N° 3. Ce que les créanciers ne peuvent pas faire.

§ III. *Obligations des créanciers.*

ARTICLE 2. — De la solidarité entre codébiteurs.

§ Ier. *Notions générales.*

N° 1. Définitions et caractères.

N° 2. De la solidarité conventionnelle.

III. *Des cas où l'obligation est éteinte partiellement.*

1. De la confusion.

2. De la compensation.

3. Remise de la dette.

N° 4. De la remise de la solidarité.

I. *De la renonciation expresse.*

II. *De la renonciation tacite.*

§ III. *Effets de la solidarité entre les codébiteurs solidaires.*

N° 1. Principe général.

N° 2. Division de la dette.

SECTION VI. — *Des obligations divisibles et indivisibles.*

§ Ier. *Notions générales.*

N° 1. Sources.

N° 2. Définitions.

N° 3. Applications.

I. *Indivisibilité absolue.*

II. *Indivisibilité d'obligation.*

§ II. *Effets des obligations divisibles et indivisibles.*

N° 1. Des obligations divisibles.

N° 2. De l'indivisibilité absolue et d'obligation.

I. *Droits des créanciers.*

II. *Obligations des débiteurs.*

§ III. *Effet de l'indivisibilité quant à la prescription.*

§ IV. *Effet de l'indivisibilité quant à la chose jugée.*

§ V. *Indivisibilité et solidarité.*

N° 3. De l'indivisibilité de payement.

I. *Cas dans lesquels il y a indivisibilité de payement.*

1. Des dettes hypothécaires.

2. Dette d'un corps certain.

3. Dette alternative.

4. Cas où l'un des héritiers est chargé de l'exécution totale.

5. Des cas prévus par l'article 1221, n° 5.

§ II. *Effet de l'indivisibilité de payement.*

SECTION VII. — *Des obligations avec clauses pénales.*

§ Ier. *Notions générales.*

N° 1. Comment les peines s'établissent.

N° 2. Nature de la clause pénale.

N° 3. Différence entre l'obligation pénale et les obligations conditionnelles alternatives et facultatives.

§ II. *Quand la peine est-elle encourue?*

§ III. *Droits du créancier.*

N° 1. Principe.

N° 2. Dommages-intérêts.

I. *La peine peut-elle être modifiée par le juge?*

II. *Le créancier peut-il demander l'exécution de l'obligation et la peine?*

§ IV. *Influence de l'indivisibilité sur la clause pénale.*

N° 1. A l'égard des héritiers du débiteur.

N° 2. A l'égard des héritiers du créancier.

CHAPITRE VII. — DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

SECTION I. — *Du payement.*

ARTICLE 1. — Du payement en général.

§ Ier. *Des conditions requises pour la validité du payement.*

No 1. Existence d'une dette.

No 2. Par qui le payement doit-il ou peut-il être fait?

No 3. Capacité du débiteur.

I. *Du payement fait par un non-propriétaire.*

1. Droit du créancier.

2. Droit du débiteur.

§ IV *De l'imputation légale.*